Steht der Kauf in Bausch und Bogen durchweg unter den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen?

nach dem gemeinen Rechte und dem bürgerlichen Gesetzbuche zu beurteilen.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

ERNST TAUBER

Referendar aus Berlin.

H. Franke, Buchdruckerei und Verlag, Dessau
1901.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0046

Steht der Kauf in Bausch und Bogen durchweg unter den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen?

nach dem gemeinem Rechte und dem bürgerlichen Gesetzbuche zu beurteilen.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER

JURISTEN-FAKULTÄT ZU ROSTOCK

VORGELEGT VON

ERNST TAUBER

REFERENDAR AUS BERLIN.

AGAD. LUCB.BAT. BIBL.

H. FRANKE, BUCHDRUCKEREI UND VERLAG, DESSAU
1901.

Meinen lieben Eltern.

Inhalts-Angabe.

Seite

I. Hauptteil: Nach gemeinem Rechte 7

I. Abschnitt: Begriff des Kaufes in Bausch und Bogen . . . 7

§ 1. Emptio per aversionem = emptio uno pretio? . . 7

1. Kapitel: Die Ware beim Kauf in Bausch und Bogen . 9

§ 2. Ist der Kauf in Bausch und Bogen auf vertretbare Sachen zu beschränken? 9

§ 3. Bestehen andere Beschränkungen hinsichtlich der Ware beim Kauf in Bausch und Bogen? 14

§ 4. Welches sind nun die Erfordernisse der Ware beim Kauf in Bausch und Bogen? 19

2. Kapitel: Der Preis beim Kauf in Bausch und Bogen . 20

§ 5. Der Gesamtpreis 20

§ 6. Muss der Preis beim Kauf in Bausch und Bogen stets absolut bestimmt sein? 23

3. Kapitel.

§ 7. Beschränkungen in Bezug auf die Art des Vertragsschlusses beim Kauf in Bausch und Bogen 24

4. Kapitel.

§ 8. Definition des Kaufes in Bausch und Bogen . . . 24

II. Abschnitt. Stellung des Kaufes in Bausch und Bogen zu den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen 25

1. Kapitel.

§ 9. Allgemeines 25

2. Kapitel. Bestimmungen, in denen Abweichungen des Kaufes in Bausch und Bogen von dem gewöhnlichen Kaufvertrage wirklich bestehen oder wenigstens in der Litteratur behauptet worden sind 26

I. Abteilung.

§ 10. Der Gefahrübergang 26

II. Abteilung: Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung . 31

§ 11 A. Haftung des Verkäuters für rechtliche Mängel (Eviktion) 31

B. Haftung des Verkäufers für die Quantität der Ware 40

§ 12. I Eine Zusage hinsichtlich der Quantität ist nicht erfolgt 40

Seite

§ 13. II. Es ist beim Kaufabschluss eine bestimmte Quantität angegeben worden 42
C. Haftung des Verkäufers für die Qualität der Ware beim Kauf in Bausch und Bogen 51
§ 14. I. Haftung des Verkäufers für Zusagen und Mängel 51
II. Die Klagen des Käufers wegen Mängel der Ware und wegen nicht erfüllter Zusagen . . 53
1. Die actio redhibitoria 53
§ 15. a) Der Mangel oder die Zusage bezieht sich auf die ganze Ware 53
b) Von den mehreren Sachen, die für einen Gesamtpreis verkauft sind, sind nur einzelne mangelhaft bezw. der Zusage nicht entsprechend . . 54
§ 16. a_1) Die mehreren Sachen stehen in einem inneren Zusammenhange 54
b_1) Die mehreren Sachen stehen in keinem inneren Zusammenhange 56
§ 17. a_1a_1) Begründet die blosse unitas pretii Recht und Pflicht zur Totalredhibition? 56
§ 18. b_1b_1) Hat der Käufer ein Recht, aber keine Pflicht zur Gesamtwandlung? 63
§ 19. c_1c_1) Welchen Einfluss hat die Vereinbarung eines Gesamtpreises auf die Beantwortung der Frage, ob Gesamtwandlung oder Einzelwandlung stattzufinden habe? 65
§ 20. c_1) Berechnung des dem Käufer zurückzuerstattenden Wertes, wenn von den mehreren, für einen Gesamtpreis gekauften Sachen einzelne redhibiert werden 68
§ 21. 2. Die actio quanti minoris 69
II. Hauptteil: Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche 71
I. Abschnitt.
§ 22. Begriff 71
II. Abschnitt: Stellung des Kaufes in Bausch und Bogen zu den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen 74
I. Abteilung.
§ 23. Der Gefahrübergang 74
II. Abteilung. Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung 74
§ 24. A. Haftung wegen Entwährung 74
§ 25. B. Haftung des Verkäufers für die Quantität der Ware 75
§ 26. C. Haftung des Verkäufers für die Qualität der Ware 79
III. Abteilung.
§ 27. Bestehen nach dem B.G.B. noch andere Besonderheiten für den Kauf in Bausch und Bogen? . . . 83
Nachwort 83

Litteratur-Verzeichnis.

1. Corpus iuris civilis (Digesta—Mommsen; Codex—Krüger).
2. Voet, commentarius ad Pandectas III.
3. Franzkius, - - - -
4. Lauterbach, collegium Pandectarum.
5. S. de Cocceji, ius controversum civile.
6. Malblanc, principia iuris Romani.
7. Ludovici, usus practicus distinctionum iuridicarum.
8. Pufendorf, observationes iuris universi I.
9. Höpfner, Kommentar über die Institutionen.
10. Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht II.
11. Schilling, Institutionen und Geschichte des römischen Rechts.
12. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht.
13. Schweppe, Römisches Privatrecht
14. Kritz, Pandekten I,3.
15. Glück, - XVI, XVII, XX.
16. v. Keller, -
17. Seuffert, -
18. Arndts, -
19. Brinz, - II,2.
20. Windscheid,- II.
21. Dernburg, - I, II.
22. v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik (2. Aufl.), III.
23. Unterholzner, Recht der Schuldverhältnisse II.
24. Puchta, Vorlesungen II.
25. Koch, Recht der Forderungen II.
26. Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht.
27. Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht.
28. Caspar Cabellinus de Cingulo, tractatus de ædilitiis actionibus (1654).
29. Christoph de Lyncker, dissertatio de evictionibus (1699).
30. Westphal, Kauf-, Pacht-, Miet- und Erbzins-Kontrakt.
31. Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht.
32. Treitschke, Der Kauf-Kontrakt (2. Aufl. v. Wengler).
33. Pothier, contrat de vente.
34. Hofmann, periculum beim Kauf.
35. v. Praun, Gefahr beim Kauf (Erlanger In.-Diss. 1891).

36. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware.
37. Gareis, Das Stellen zur Disposition.
38. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts II.
39. Endemann, - - - II (Gareis).
40. Thöl, Handelsrecht.
41. Brinckmann, Handelsrecht.
42. Richelmann, Einfluss des Irrtums auf Verträge.
43. Hoffmann und Fuhr, Civilistische Versuche I.
44. Göppert, Einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen.
45. Struben, Rechtliche Bedenken II.
46. v. Quistorp, Rechtliche Bemerkungen II.
47. Holtzendorf, Rechtslexikon (Eck, Aversionalkauf).
48. Schneider, Neue krit. Jahrbücher (1843).
49. Bekker—Muther, Jahrbuch VI.
50. Archiv f. Wechselrecht (Fick).
51. Goldschmidt, Zeitschrift (I, Goldschmidt; III, Gruchot, Goldschmidt).
52. Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft, VI, X, N.F. III.
53. Krit. Vierteljahrsschrift XIII (Regelsberger).
54. Archiv f. civil. Praxis VI (Unterholzner).
55. Linde's Zeitschrift VI (Gesferding).
56. Neustetel und Zimmern, Untersuchungen. Bd. I.
57. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung d. preussischen Rechts II.
58. - - - - - deutschen - XXXIV.
59. Tafel, Auserlesene Zivilrechtssprüche 1,2.
60. v. Hartitzsch, Entscheidungen prakt. Rechtsfragen.
61. Busch, Archiv f. Handelsrecht XV, XXIX.
62. Seuffert, Archiv.
63. - Blätter f. Rechtsanwendung, 4. Ergänzungsbd.
64. Entsch. d. R.G. in Zivilsachen.
65. v. Hufnagel, Mitteilungen aus der Praxis (N.F. 1848).
66. Entsch. d. R.O.H.G.
67. B.G.B. (Ausgabe von Achilles).
68. Motive (B.G.B.) II.
69. Cosack, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts.
70. Matthiass, Lehrb. d. Bürgerl. Rechts.
71. Oertmann, Kommentar z. Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B.

I. Hauptteil.

Nach gemeinem Rechte.

I. Abschnitt.

Begriff des Kaufes in Bausch und Bogen.

Um die Frage beantworten zu können, ob der Kauf in Bausch und Bogen durchweg unter den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen steht, muss man sich zunächst über den Begriff dieses Kaufes klar werden. Daher sei der erste Abschnitt der Begriffsbestimmung des Kaufes in Bausch und Bogen gewidmet.

§ 1. Emptio per aversionem = emptio uno pretio?

Der Kauf — emptio venditio — ist der Vertrag, der darauf gerichtet ist, Ware gegen Geld umzusetzen. Es findet sich in den Quellen des öfteren der Ausdruck „emptio aversione“ oder „in aversione“ oder „per aversionem“; er entspricht unserer deutschen Bezeichnung „Kauf in Bausch und Bogen“. Welche Bedeutung haben nun die Worte „per aversionem“ [1]) in den Quellen?

[1]) Die mannigfachen sprachlichen Erklärungsversuche für „per aversionem“ übergehe ich; es handelt sich hier grossenteils nur um Vermutungen; (averrere? — avertere?). Man vergl. hierüber das Lexikon von Forcellini; ferner Glück a. a. O. XVI, S. 84. Eck in Holtzendorfs Rechtslexikon S. 220 übersetzt „emptio per aversionem“ mit „Kauf abgewandten Blicks“.

Der Ausdruck „per aversionem“ findet sich nicht nur beim Kauf, sondern auch bei anderen Verträgen; so z. B. bei der locatio conductio rei (cf. l. 1 § 15 D. 14,1; l. 10 § 2 D. 14,2; l. 35 pr. D. 19,2) und bei der locatio conductio operis (cf. l. 36 D. 19,2). Für uns kommen nur diejenigen Stellen in Betracht, die von der emptio per aversionem handeln; um jedoch die Bedeutung des Ausdruckes „per aversionem“ zu erkennen, sind auch die angeführten Stellen, wo von der locatio conductio per aversionem die Rede ist, von Belang. Wir ersehen, dass die Worte „per aversionem“ nicht lediglich eine Besonderheit des Kaufes bezeichnen, da sie sich ja auch bei dem Mietsvertrag finden; wir erkennen, dass sich die Bezeichnung „per aversionem“ vor allem auf die Art der Preisbestimmung bezieht; das erhellt recht deutlich aus l. 10 § 2 D. 14,2, wo dem „navem aversione conducere“ der Fall entgegengesetzt ist: „si pro numero impositarum amphorarum merces constituta est.“ Das Wesentliche der Preisbestimmung „per aversionem“ ist also, dass der Preis als Gesamtpreis für die ganze Gegenleistung festgesetzt ist ohne Rücksicht[1]) auf die einzelnen Bestandteile derselben.

Und doch ist „per aversionem vendere“ bezw. „locare“ nicht identisch mit „uno pretio vendere, locare“. Zwar kann man überall in den Quellen statt „per aversionem“ die Worte „uno pretio“ setzen; dagegen kann man nicht stets statt „uno pretio“ „per aversionem“ sagen.[2]) Der Grund ist der, dass die Römer, wie später des Näheren auszuführen ist, nur da von „per aversionem“ sprechen, wo auch der Gegenstand des Kaufes bezw. der Miete bereits individuell genau bestimmt ist. Zu der Art der Preisfestsetzung kommt also für den Aversionalkauf noch ein Erfordernis hinsichtlich der Ware.

Ich werde im folgenden die besonderen Erfordernisse des Kaufes in Bausch und Bogen zunächst hinsichtlich der Ware, dann hinsichtlich des Preises zu erörtern haben; dabei werde ich nicht nur diejenigen Quellenstellen unter-

[1]) Das ist natürlich cum grano salis zu verstehen; denn berücksichtigt werden die Bestandteile der Gegenleistung in gewissem Sinne trotzdem.

[2]) Vergl. l. 35 § 7 D. 18,1.

suchen, die ausdrücklich von der emptio per aversionem sprechen, sondern auch diejenigen Stellen, die vom „uno pretio vendere“ reden und diesen Ausdruck im Sinne des „per aversionem vendere“ verstehen.[1])

I. Kapitel.

Die Ware beim Kauf in Bausch und Bogen.

§ 2. Ist der Kauf in Bausch und Bogen auf vertretbare Sachen zu beschränken?

Die Hauptstelle, welche vom Aversionalkauf handelt, ist l. 35 §§ 5, 6 D. 18,1. Der Inhalt dieser Stelle ist folgender: Bei Sachen, die im Verkehr nach Mass, Zahl oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen (sog. fungiblen oder vertretbaren Sachen), finden bald die allgemeinen für den Kauf geltenden Regeln Anwendung, sodass der Kauf perfekt ist, wenn die Kontrahenten über den Preis einig sind; bald jedoch ist der Kauf trotz der Einigung über den Preis erst dann perfekt, wenn die Sachen zugemessen, zugewogen oder zugezählt sind. Wenn z. B. der ganze Wein, das ganze Oel, Getreide oder Silber, es sei, soviel es wolle,[2]) für einen Gesamtpreis verkauft ist, finden die allgemeinen für den Kauf geltenden Sätze Anwendung; sind jedoch Wein, Oel, Getreide, Silber oder Sachen, die nach Stück bestimmt zu werden pflegen, so verkauft, dass der Preis nach Mass, Gewicht oder Stück bestimmt ist, so ist der Kauf erst dann perfekt, wenn die Sachen zugemessen, zugewogen oder zugezählt sind.[3]) — Der folgende Paragraph giebt als Beispiel für das Gesagte eine Herde und unterscheidet hier ebenso wie im § 5, ob der Preis als Gesamtpreis für die ganze Herde bestimmt ist, oder ob der Preis nur für das einzelne Stück Vieh festgestellt ist.

Im ersten Falle ist der Kauf perfekt, sobald die Kontrahenten über den Preis einig sind, im zweiten bedarf es

---

[1]) Vor allem l. 35 §§ 5, 6 D. 18,1.

[2]) Es sind natürlich nicht alle Vorräte, die auf der Erde vorhanden sind, also nicht das genus gemeint, sondern ein genau bezeichneter Vorrat, eine species.

[3]) cf. l. 4 §§ 1, 2 D. 18,6. l. 2 C. 4,48.

noch der Zuzählung der einzelnen Stücke. Den ersten Fall bezeichnen wir als emptio per aversionem seu ad corpus (Kauf in Bausch und Bogen), den zweiten als emptio ad mensuram seu ad quantitatem.

Nach dem soeben angeführten § 5 der l. 35 D. 18,1, welcher lediglich von vertretbaren Sachen spricht, ist es unzweifelhaft, dass fungible Sachen Gegenstand des Kaufes in Bausch und Bogen sein können; besagt ja der genannte Paragraph ausdrücklich, dass fungible Sachen entweder in Bausch und Bogen oder nach Mass, Zahl, Gewicht verkauft werden können; führen doch ferner auch viele andere Stellen, welche vom Bauschkauf handeln, als Beispiel für diese Art des Kaufes den Wein an, also eine vertretbare Sache.

Das ist meines Wissens auch in der Litteratur unbestritten; dagegen herrscht darüber Streit, ob der Kauf in Bausch und Bogen auf vertretbare Sachen zu beschränken ist, oder ob auch eine Mehrheit von nichtfungiblen Sachen — mag es sich um gleichartige oder verschiedenartige Sachen handeln — in Bausch und Bogen gekauft werden kann; ob eine Sachgesamtheit oder auch ein Sondervermögen Gegenstand des Aversionalkaufes sein kann.

Gruchot a. a. O. S. 476 beschränkt den Bauschkauf auf vertretbare Sachen;[1]) fassen wir einmal die Begründung dieser Ansicht näher ins Auge. Gruchot sagt, indem er auf l. 35 §§ 5, 6 D. 18,1; l. 4 §§ 1, 2 D. 18,6; l. 2 C. 4,48; verweist, dass die „Römer des Kaufes in Bausch und Bogen n u r bei solchen Sachen gedenken, welche im gewöhnlichen Verkehr gewogen, gezählt oder gemessen zu werden pflegen.“ Diese Behauptung Gruchots lässt sich in Frage stellen; allerdings bringen die Quellen sehr häufig vertretbare Sachen als Beispiele für den Bauschkauf. Was ist aber natürlicher als dies?

Es liegt in der Natur der Sache, dass in den meisten Fällen fungible Sachen Gegenstand des Aversionalkaufes

[1]) Ebenso v. Keller, Pandekten II S. 49; Koch a. a. O. III S. 625; Arch. f. prakt. Rechtsw. X S 315. Auch E. Hoffmann im Arch. f. prakt. Rechtsw. N.F. III S. 149 beschränkt den Ausdruck „Kauf in Bausch und Bogen“ auf vertretbare Sachen; doch erkennt er an, dass auch eine Mehrheit nichtfungibler Gegenstände als eine Masse um einen Gesamtpreis verkauft werden kann.

sind. Einige Beispiele werden uns davon überzeugen: A. und B. handeln um den Inhalt eines Speichers, der eine bestimmte Sorte Getreide enthält; nach der Grösse des Speichers, welchen sie vor sich sehen, schätzen beide bei sich ab, wieviel Centner des Getreides der Speicher fassen könne. Der Inhalt wird auf etwa 200 Centner geschätzt, doch hofft der Verkäufer A., der Speicher werde wohl nur 190 Centner halten, der Käufer B. dagegen spekuliert darauf, dass der Speicher etwas mehr, vielleicht 210 Centner fassen werde. In einem solchen Falle wird oft ein Kauf in Bausch und Bogen zu stande kommen; denn da es sich um vertretbare Sachen handelt, ist das Risiko ein verhältnismässig geringes. Anders dagegen bei nichtvertretbaren Sachen; z. B.: A. zeigt dem B. seine Büchersammlung, der eine solche zu kaufen wünscht; B. sieht, es mögen sich etwa 500 Bände in dieser Sammlung finden. Hier wird selten ein Bauschkauf zu stande kommen, selbst wenn beide Teile die Anzahl der vorhandenen Bücher kennen; lediglich deshalb, weil es sich nicht um vertretbare Sachen handelt, sondern um Gegenstände, die ganz verschiedenen Wert haben; ein Buch kann den Wert von fünfzig anderen Büchern darstellen. Solche Gegenstände aber pflegt man nicht für einen Gesamtpreis zu kaufen, sondern unter Berücksichtigung des Wertes jedes einzelnen Exemplars. —

Noch ein weiteres Beispiel diene zur Erläuterung der Behauptung, dass im Verkehr meistens nur vertretbare Sachen in Bausch und Bogen gekauft werden: Ein Herde Stückvieh, z. B. Schafe, ist Gegenstand des Vertrages. Käufer und Verkäufer übersehen die auf der Wiese weidende Herde; es können ungefähr 100 Schafe sein; doch keiner von beiden kann genau wissen, ob es nicht vielleicht auch 105 oder andererseits nur 95 Stück sind. Hier schliesst man leicht einen Bauschkauf. Anders bei einer Menge von Pferden, deren Zahl man auch ungefähr übersehen kann; in solchem Fall wird schwerlich ein Kauf zu stande kommen, ohne dass jedes einzelne Tier seinem individuellen Werte nach genau berücksichtigt wird; denn ein einziges Rennpferd, das vielleicht schon viele Siege erstritten hat, kann den Wert von vielen minderjährigen Pferden darstellen. —

Durch die obigen Beispiele glaube ich bewiesen zu

haben, dass es kein Wunder ist, wenn es sich in den Quellen beim Kauf in Bausch und Bogen meistens um fungible Sachen handelt; der Grund liegt eben in der Anschauung des Verkehrs. Selbst wenn die Römer, wie Gruchot a. a. O. S. 472 behauptet, des Bauschkaufes wirklich nur bei fungiblen Sachen gedächten, wäre dies kaum zu verwundern; die römischen Juristen haben sich eben der Beispiele bedient, die im praktischen Leben am häufigsten vorkamen. Man könnte daraus kaum folgern, dass sie den Aversionalkauf bei anderen Sachen ausschliessen wollten.

Gedenken nun aber die Römer des Kaufes in Bausch und Bogen wirklich „nur“ bei vertretbaren Sachen? Betrachten wir einmal l. 35 § 6 D. 18,1; hier spricht Caius von einer „grex“, die „universaliter uno pretio“ verkauft ist. Eine Herde kann sowohl aus vertretbaren als auch aus nicht vertretbaren Stücken bestehen. Das „ergo“, welches mit § 6 beginnt, scheint allerdings darauf hinzudeuten, dass es sich hier um ein Beispiel zu dem vorhergehenden § 5 handelt, d. h. um ein Beispiel für res, quae numero constant, also um eine Herde, die aus Stückvieh besteht. Der Umstand jedoch, dass der Jurist einen besonderen Paragraphen wählt, um zu sagen, dass die Regeln, die er soeben auseinandergesetzt hat, auch beim Verkaufe einer Herde Anwendung finden, scheint doch darauf hinzuweisen, dass Caius in diesem Paragraphen etwas neues bringen wollte. Beabsichtigte er, nur ein neues Beispiel für vertretbare Sachen zu geben, so hätte er in der Mitte des § 5 hinter den Worten „item argentum, ut in singulas libras“ eingeschaltet „item grex, ut in singula capita,“ so wie er am Schlusse des § 5 ausdrücklich hinzufügt „aut in singula corpora, quae adnumeraveris.“ Dem widerspricht das „ergo“ durchaus nicht; denn auch bei unserer Auslegung besteht zwischen § 5 und § 6 ein gewisser Zusammenhang, den eben das „ergo“ andeuten würde. Berücksichtigt man dazu, dass Caius stets äusserst klar zu schreiben pflegt, so wird man annehmen, dass er seine Absicht, die Herde auf vertretbare Tiere zu beschränken, durch einen entsprechenden Zusatz zu dem Worte „grex“ zu erkennen gegeben hätte.

Ich will zugeben, dass diese Auslegungsgründe für sich allein kaum einen zwingenden Beweis erbringen können.

Es kommen aber noch andere Stellen in Betracht; zunächst l. 62 § 2 D. 18,1. Hier ist schlechtweg von einer „res in aversione empta“ die Rede; nicht der geringste Zusatz weist darauf hin, dass Modestinus eine Beschränkung auf vertretbare Sachen im Sinne hatte. Man kann nicht etwa sagen: ‚Modestinus hebt hier besonders hervor, dass beim Aversionalkauf die Gefahr schon vor der Uebergabe auf den Käufer übergeht; daraus folgt, dass nur an vertretbare Sachen gedacht ist; denn bei speziell bestimmten Sachen hätte es einer solchen Hervorhebung gar nicht bedurft, da ja beim Verkauf einer Species — mag es sich um einen Bauschkauf handeln oder nicht — die Gefahr regelmässig mit der Perfektion, also vor der Uebergabe auf den Käufer übergeht.‘ Dieser Schluss wäre irrig, weil er von einer irrigen Voraussetzung ausgeht, nämlich von der Voraussetzung, dass vertretbare Sache — Genussache einerseits, nicht vertretbare Sache — Speciessache andererseits indentisch seien.[1]) Allerdings wird in der Regel eine generell bestimmte Sache zu den fungiblen Sachen zählen, während andererseits ein nicht vertretbarer Gegenstand speziell bestimmt zu werden pflegt. Aber es kann doch im konkreten Falle auch eine nicht fungible Sache generell bestimmt sein. Modestinus kann daher sehr wohl auch eine nicht vertretbare Sache meinen, bei welcher er deswegen den Gefahrübergang besonders hervorhebt, weil diese Art Sachen in der Regel generell bestimmt wird, daher die Gefahr erst mit der Uebergabe auf den Käufer überzugehen pflegt.

Die Quellen erwähnen ferner zu wiederholten Malen den Fall, wo mehrere Sklaven uno pretio verkauft sind; man vergleiche l. 34 pr. D. 21,1; l. 36 D. eod. Dass Sklaven keine vertretbaren Sachen sind, scheint wir zweifellos zu sein. In diesen Stellen wird ebenso wie in l. 35 §§ 5, 6 D. 18,1 Wert darauf gelegt, ob der Preis als ein Gesamtpreis für alle, oder als Stückpreis für die einzelnen Sklaven bestimmt ist. Allerdings gebrauchen die angeführten Stellen nicht den technischen Ausdruck „per aversionem“; aber auch in l. 35 §§ 5, 6 D. 18,1 suchen wir diese Bezeichnung vergebens; und doch zweifelt Gruchot nicht, dass in diesen

[1]) Vgl. Goldschmidt, Zeitschrift III S. 473, Note 1a.

beiden Paragraphen vom Aversionalkauf die Rede ist. Was berechtigt uns zu dieser verschiedenen Behandlung? Sprachliche Gründe keineswegs; denn in den angeführten Stellen ist in gleicher Weise das „uno pretio vendere" das Entscheidende, wird in gleicher Weise darauf Wert gelegt, ob der Preis in universos an in singulos constituatur.

Aber auch innere Gründe scheinen mir nicht für die Beschränkung Gruchots zu sprechen. Oder soll es innerlich gerechtfertigt sein, eine Art des Vertrages, welche die Entwicklung des Verkehrs mit sich gebracht hat, ohne Ursache einzuschränken?

Aus allen angeführten Gründen stehe ich nicht an zu behaupten, dass auch nicht vertretbare Sachen Gegenstand des Bauschkaufes sein können.[1])

§ 3. Bestehen andere Beschränkungen hinsichtlich der Ware beim Kauf in Bausch und Bogen?

Auch unter den Rechtslehrern, welche darüber einig sind, dass ein Aversionalkauf möglich ist, wenn es sich auch nicht um eine Menge vertretbarer Sachen handelt, herrscht Streit über die Frage, welche Gegenstände in Bausch und Bogen gekauft werden können.

I. Bechmann a. a. O. II S. 360 will den Bauschkauf auf eine Mehrheit von gleichartigen Sachen beschränken, die unter einer Kollektivbezeichnung verkauft werden. Zur Begründung verweist er auf l. 35 § 6 D. 18,1, wo als Beispiel eine Herde gewählt ist. Eine solche besteht allerdings stets aus gleichartigen Stücken; es ist aber zu beachten, dass die „grex" sehr häufig als Beispiel für eine Sachgesamtheit schlechthin genommen wird, ohne Rücksicht darauf, ob die Gesamtheit aus gleichartigen oder ungleichartigen Sachen besteht. — Weshalb soll der Jurist nicht auch hier mit der Herde ein Beispiel für jede universitas facti haben geben wollen? M. E. kann man auch aus einem einzigen Beispiel

[1]) Gegen die Beschränkung des Kaufes in Bausch und Bogen auf vertretbare Sachen haben sich ausdrücklich ausgesprochen: Glück a. a. O. XVI § 981; Schilling a. a. O. S. 356; Göschen a. a. O. II, 2 S. 340 und viele andere. Vergl. auch Goldschmidt, Handbuch II S. 22, Anm. 27.

nicht so weittragende Folgerungen ziehen, zumal, wie oben bereits gesagt, ein innerer Grund für eine Beschränkung des Kaufes in Bausch und Bogen nicht besteht. — Um Bechmanns Ansicht zu widerlegen, wollen wir noch l. 33 D. 21,1 betrachten. Dort sagt Ulpian: Ist das Inventar eines Landgutes (instrumentum fundi) verkauft, so haftet der Verkäufer nicht für die einzelnen Bestandteile des Inventars, es sei denn, dass diese beim Kaufe bezeichnet worden sind. Daraus folgt m. E., dass das Inventar in dem zu Grunde liegenden Falle als ein Ganzes uno pretio verkauft ist; denn wäre es verkauft pretio in singula corpora constituto, so müssten natürlich auch die einzelnen Bestandteile des Inventars beim Vertragsschluss bezeichnet worden sein. Es liegt in unserem Falle also ein Bauschkauf vor; da nun das Inventar eines Landgutes nicht lediglich aus gleichartigen Stücken zu bestehen pflegt, behaupte ich, dass ein Aversionalkauf auch über eine Mehrheit verschiedenartiger Sachen geschlossen werden kann. —

II. Eine weitere Beschränkung des Kaufes in Bausch und Bogen findet man bei Gareis in Erdmann's Handb. d. Handelsr. II S. 605 ff.[1]) Nach ihm ist ein Aversionalkauf möglich: 1. bei vertretbaren Sachen, 2. bei Sachgesamtheiten oder Sachinbegriffen. Auch diese Beschränkung ist m. E. weder innerlich gerechtfertigt, noch aus den Quellen zu begründen. Mehrere Sachen bilden eine Sachgesamtheit, wenn sie nach der Ansicht des Verkehrs in einem wirtschaftlichen Zusammenhange stehen. Die Verkehrsanschauung wäre demnach ausschlaggebend für die Frage, ob mehrere Sachen in Bausch und Bogen verkauft werden können. M. E. ist aber in erster Linie die Absicht der Kontrahenten zu berücksichtigen: Soll der Wille der Kontrahenten nicht im stande sein, Sachen, welche im Verkehr nicht als zusammengehörig betrachtet werden, im einzelnen Falle zu einem Ganzen zu verbinden? Die Ansicht der Kontrahenten wird in der Regel allerdings mit der Verkehrsanschauung übereinstimmen; stets wird ferner die Ansicht des Verkehrs eine

---

[1]) Ebenso Regelsberger in d. Krit. Vierteljahrsschr. S. 105. Arndts a. a. O. § 300 Anm. 5; vgl. auch Förster - Eccius a. a. O. (7. Aufl. 1896) II S. 95.

Vermutung begründen, indem man annimmt, dass die Kontrahenten solche Sachen, die nach der Verkehrsanschauung in einem wirtschaftlichen Zusammenhange stehen, häufig als ein Ganzes behandeln werden; dass dagegen Sachen, die nach der Meinung des Verkehrs wirtschaftlich nicht zusammenhängen, auch selten von den Parteien als ein Ganzes betrachtet werden. Ausschlaggebend ist jedoch stets der Wille der Kontrahenten; es können Sachen der verschiedensten Art gemäss der Absicht der Parteien für den zu schliessenden Kauf zu einem Ganzen erhoben und demgemäss uno actu für einen Gesamtpreis verkauft werden. Es braucht sich weder um Sachen zu handeln, die nach der Ansicht des Verkehrs in einem wirtschaftlichen Zusammenhange stehen, noch um solche, die für den Käufer oder den Verkäufer als Ganzes mehr Wert haben wie einzeln; z. B. ein Trödler sucht sich in einer Wohnung alle Sachen zusammen, die er verwenden zu können glaubt; dem Verkäufer ist es gleich, ob er die Sachen einzeln oder zusammen verkauft; auch für den Käufer stehen sie in keinem wirtschaftlichen Zusammenhange; denn er veräussert sie doch wieder einzeln. Trotzdem kann über diese Mehrheit von so verschiedenartigen und unzusammenhängenden Sachen ein Aversionalkauf geschlossen werden, wenn der Preis für die Gesamtheit der Sachen ohne Unterscheidung der einzelnen bestimmt wird.

Auch die Quellen sind gegen die in Frage stehende Beschränkung; es ist bereits gesagt worden, dass die römischen Juristen wiederholt den Fall erwähnen, dass mehrere Sklaven für einen Gesamtpreis verkauft sind; mehrere Sklaven bilden aber im Zweifel nicht eine Sachgesamtheit.

Mit Recht sagt daher Thöl a. a. O. I § 263: „Jede Mehrheit gleichartiger oder ungleichartiger Sachen, welche die Kontrahenten als ein Ganzes zum Gegenstande des Kaufes gemacht haben, kann in Bausch und Bogen gekauft werden. — Dies ist auch die Ansicht der meisten Rechtslehrer.[1])

[1]) Eck a. a. O. sagt ausdrücklich, dass ein Bauschkauf bei jeder Mehrheit von Sachindividuen möglich ist; ebenso Goldschmidt, Handb. II S. 22, Anm. 27. Auch Treitschke a. a. O. § 16, Göschen a. a. O. II, 2, S. 340, Brinckmann a. a. O. § 92, Schweppe a. a. O. S. 330, v. Praun a. a. O. Abschn. VI sprechen nirgends von einer Beschränkung des Aversionalkaufes auf Sachgesamtheiten.

III. Es war bisher nur von körperlichen Sachen die Rede. Wie steht es nun mit den unkörperlichen Gegenständen, mit Rechten?[1]) Ein Recht, z. B. eine Forderung, kann in der Regel ebensogut Gegenstand eines Kaufvertrages sein, wie eine körperliche Sache. M. E. kann daher auch eine Mehrheit unkörperlicher Sachen in Bausch und Bogen verkauft werden; z. B. A. hat mehrere Geldforderungen gegen B.; teilweise sind diese gut (weil durch Bürgen oder Pfand gesichert); bei anderen aber ist es fraglich, ob sie in voller Höhe werden beitreibbar sein. Warum soll A. nicht alle Forderungen — als ein Ganzes — gegen Zahlung eines Gesamtpreises, also ohne Berücksichtigung der einzelnen Forderungen, an C. verkaufen können? — Die mehrmals angeführte l. 62 § 2 D. 18,1 spricht schlechthin von einer res in aversione empta; ‚res' bezeichnet in den Quellen zwar häufig nur eine körperliche Sache; häufig aber auch jedes Rechtsobjekt. Auch hier ist es keineswegs ausgeschlossen, dass Modestinus auch an Rechte denkt, obwohl er von dem periculum rei und von der res adsignata spricht. Denn auch bei unkörperlichen Gegenständen besteht ein periculum, z. B. A. kauft von B. das Recht, über dessen Grundstück zu gehen; der Kauf ist perfekt, die Servitut aber noch nicht eingeräumt, da der Weg erst hergestellt werden muss. Jetzt wird das Grundstück des B. vom Meer fortgespült! Oder A. kauft von B. eine Forderung; der Schuldschein aber, der über die Forderung ausgestellt ist, verbrennt vor der Uebergabe![2]) Auch von einer adsignatio kann bei Rechten sehr wohl die Rede sein; bei Forderungen wäre damit die Ueberweisung, die Cession gemeint. Vielleicht hat sogar Modestinus deswegen absichtlich den Ausdruck adsignare anstatt des gebräuchlichen tradere gewählt.

IV. Ich hatte oben (S. 16, Anm. 1) die Schriftsteller angeführt, die den Bauschkauf bei jeder Mehrheit von Sachen zulassen. Wie ich aus dem ganzen Zusammenhange, ins-

[1]) Es darf sich natürlich nicht um unveräusserliche Rechte, z. B. um höchstpersönliche Rechte handeln.

[2]) In diesem Falle würde die Gefahr allerdings nur die Beweisbarkeit der Forderung treffen; die Forderung selbst würde nicht berührt werden, da der Schuldschein ja nur Beweisurkunde ist.

besondere aus den angeführten Beispielen[1]) erkennen zu können glaube, denken diese Rechtslehrer vorzüglich an eine Mehrheit körperlicher Sachen. Ist es nun möglich, eine Mehrheit von teils körperlichen, teils unkörperlichen Sachen in Bausch und Bogen zu verkaufen? Kann z. B. ein Sondervermögen, eine universitas iuris Gegenstand des Aversionalkaufes sein? Nur einer der angeführten Schriftsteller, W. v. Praun a. a. O. Abschn. VI., bringt ein hierher gehöriges Beispiel, nämlich den Kauf einer Erbschaft. Und doch liegt nichts näher als dies, da ja die Quellen selbst des Aversionalkaufes einer hereditas gedenken!

L. 33 pr. D. 21,1 sagt, dass derjenige, der eine hereditas oder ein peculium verkauft hat, nicht für die einzelnen Bestandteile hafte, es sei denn, dass er dieselben beim Kaufabschlusse bezeichnet hatte. Der zu Grunde liegende Fall kann also nur der sein, dass die Erbschaft oder das Sondervermögen des Sklaven als solches für einen Gesamtpreis verkauft ist; denn sobald Einzelpreise bestimmt sind, werden ja auch die einzelnen Bestandteile genannt.

Es ist nun möglich, dass ein Sondervermögen ausser körperlichen Sachen und Rechten auch Pflichten enthält, z. B. Schulden, Vermächtnisauflagen. Kann auch ein solches Sondervermögen in Bausch und Bogen verkauft werden? Man könnte folgendes sagen: Die Römer heben immer den Gegensatz hervor, ob der Kauf über alle Sachen als ein Ganzes oder über die einzelnen Sachen zu stande komme. Daher sei ein Bauschkauf nur da möglich, wo die einzelnen Bestandteile des Ganzen auch einzeln verkauft werden könnten;[2]) aber eine Schuld als solche sei nicht verkäuflich. — Allerdings wird sich wohl für eine einzelne Schuld kaum ein Käufer finden. Aber der eigentliche Gegensatz in den Quellen bezieht sich nur auf die Art der Preisfestsetzung: der Preis ist als Gesamtpreis für das Ganze bestimmt oder er ist mit genauer Berücksichtigung jedes einzelnen Bestandteiles festgesetzt. Dieser Gegensatz ist aber auch da möglich, wo Passiva vorhanden sind. Das

[1]) Bibliothek, Gemäldegallerie, Schiffsladung u. a.

[2]) Vgl. Hufnagel a. a. O. S. 308: „Gegenstand des Aversionalkaufes ist ein corpus von verkäuflichen Sachen."

möge folgendes Beispiel beweisen: A. ist der einzige Erbe des B.; da der Nachlass nicht viel bares Geld enthält, will er die Erbschaft verkaufen. C., welcher weiss, dass B. einerseits ein begüterter Mann war, andererseits aber nicht so freigebig, dass er hohe Vermächtnisse ausgesetzt hätte, kauft die ganze Erbschaft für einen Gesamtpreis, ohne die einzelnen Aktiva und Passiva zu berechnen. Dann ist der Kauf in Bausch und Bogen geschlossen. — Der Fall kann aber auch so liegen: A. und C. errichten gemeinschaftlich ein genaues Inventar über den Nachlass: Jede körperliche Sache wird nach ihrem Werte geschätzt; jedes Recht wird mit besonderer Berücksichtigung seiner Güte, Beitreibbarkeit etc. in Anrechnung gebracht. Dann werden alle Schulden genau berechnet: sind wiederkehrende Leistungen auferlegt, so wird der Kapitalswert in Anrechnung gebracht; jede Pflicht wird nach ihrem Geldwert geschätzt. Nun werden die Passiva von den Aktivis abgezogen, und so ergiebt sich der für die Erbschaft zu zahlende Kaufpreis. — Ein solcher Kauf bildet den Gegensatz zum Bauschkauf.

Wenn die Quellen schlechthin von einer hereditas sprechen, denken sie gewiss nicht an den verhältnismässig seltenen Fall, wo der Nachlass nur aus Aktivis besteht, sondern auch an den regelmässigen Fall, wo Pflichten auf dem Nachlass ruhen. —

§ 4. Welches sind nun die Erfordernisse der Ware beim Kauf in Bausch und Bogen?

Wir haben im vorigen gesehen, dass jede Mehrheit von Sachen, mag es sich um vertretbare oder nicht vertretbare, gleichartige oder ungleichartige, körperliche oder unkörperliche Sachen handeln, Gegenstand des Bauschkaufes sein kann.[1]) Für alle diese Sachen gelten nun folgende Sätze:

1. Die mehreren Sachen, aus denen das Kaufobjekt besteht, müssen durch den Willen der Kontrahenten für den vorliegenden Kaufvertrag zu einem Ganzen erhoben sein; denn es darf stets nur ein Kaufgeschäft vorliegen; die

[1]) Dies entspricht auch der Ansicht des Verkehrs und demgemäss dem Sprachgebrauche; ein Umstand, der an sich allerdings einen Beweis nicht erbringen könnte.

Mehrheit der Sachen muss also als ein Ganzes uno actu verkauft sein. Das ist sehr wohl von dem Falle zu trennen, wo mehrere Käufe vorliegen, die nur zeitlich zusammentreffen und daher nur dem Anschein nach ein einziges Geschäft bilden; denn da gilt der Satz: quot res, tot venditiones.

2. Der Gegenstand des Kaufes muss stets genügend individualisiert sein; ohne jedes Messen, Wiegen oder Zählen muss die Kaufsache genau bestimmt sein; mit anderen Worten: das Kaufobjekt muss stets eine species sein; es darf eine Ausscheidung aus irgend einem grösseren Vorrat nicht mehr erforderlich sein. Ein Beispiel zur Erläuterung: Ich kaufe ein bestimmtes Fass Wein für einen Gesamtpreis; hier liegt ein Bauschkauf vor, obwohl die Quantität des Weines mir nicht genau bekannt ist; anders, wenn ich 10 Liter Wein aus einem bestimmten Fasse kaufe, das 20 Liter enthält. Hier ist kein Aversionalkauf geschlossen, auch wenn ein Gesamtpreis vereinbart worden ist; denn es bedarf noch des Messens, um den Gegenstand des Kaufes genügend zu spezialisieren. Vgl. l. 35 § 7 D. 18,1.

2. Kapitel.

Der Preis beim Kauf in Bausch und Bogen.[1])

§ 5. Der Gesamtpreis.

Es ist bereits des öfteren darauf hingewiesen worden, dass beim Bauschkauf ein Gesamtpreis für die Mehrheit der Sachen festgesetzt sein muss; die Gegenstände müssen als

[1]) Vgl. Gareis in Endemanns Handbuch II S. 605 ff. G. nimmt den Begriff des Bauschkaufes viel weiter; es handelt sich jedoch nur um eine äusserliche Verschiedenheit zwischen G. und uns. Ich beschränke den Begriff des Kaufes in Bausch und Bogen auf den Fall, den G. als „Aversionalkauf im engeren Sinne" bezeichnet. Der Begriff bei G. umfasst auch den sogenannten Specieskauf mit Quantitätspreis, den G. „Aversionalkauf im weiteren Sinne" nennt. Ob es praktisch ist, diese beiden Arten des Kaufes unter einem Namen zu begreifen, scheint mir zweifelhaft; es kann nur zu Verwechslungen Anlass geben; denn die Behandlung ist, wie ja auch G. hervorhebt, in einzelnen Beziehungen, insbesondere hinsichtlich des Gefahrüberganges eine verschiedene.

ein Ganzes, ohne Berücksichtigung[1]) der einzelnen Bestandteile, ‚universaliter uno pretio' verkauft sein, nicht mit Preisbestimmung ‚in singula corpora'.[2]) Ist ein genau bezeichnetes Fass Wein verkauft mit der Preisabrede „pro Liter 1 Mark", so liegt also kein Bauschkauf vor; denn der Preis ist hier nach Einheiten festgesetzt, und es bedarf noch einer Ausmessung, um den wirklichen Kaufpreis zu bestimmen. Ebenso aber, wie zur Individualisierung der Ware ein Messen, Zählen oder Wiegen nicht mehr erforderlich sein darf, so auch zur Ermittlung des Preises.[3]) Dies folgt aus l. 35 §§ 5, 6 D. 18,1. —

Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Gesamtpreis vorliegt, ist darauf zu achten, dass häufig ein solches ‚unum pretium' vorzuliegen scheint, wo es sich in Wahrheit nur um die Summe der Einzelpreise handelt. Wenn z. B. A. in einem Laden zehn Flaschen Wein einer bestimmten Sorte kauft, und der Verkäufer sagt: „Der Preis beträgt 10 Mark," so wird in der Regel kein Gesamtpreis gemeint sein, sondern es handelt sich nur um ein stillschweigend ausgeführtes Additionsexempel, dessen Resultat der Verkäufer nennt. Hier liegen im Zweifel zehn Kaufgeschäfte vor, die nur zeitlich zusammentreffen. Dasselbe würde ich annehmen, wenn der Verkäufer sagt: „Der Preis beträgt pro Flasche 1 Mark; bei Abnahme von zehn Flaschen aber ermässige ich den Preis auf 9 Mark." Auch hier sind im Zweifel zehn Kaufgeschäfte für vorliegend zu erachten; bei jedem von ihnen beträgt der Kaufpreis 90 Pfennige; doch sind die Geschäfte voneinander bedingt; denn nur dann giebt der Verkäufer seinen Konsens zu dem Kaufpreis von 90 Pfennigen, wenn der Käufer mindestens zehn Flaschen zugleich kauft. — Doch ist es natürlich möglich, dass die Kontrahenten im konkreten Falle die zehn Flaschen als ein Ganzes, den Kaufpreis als einen Gesamtpreis betrachteten und demgemäss in der That nur e i n Kaufgeschäft geschlossen haben. — Noch ein Beispiel will ich anführen: A. kauft im Laden des B. mehrere Sachen; die Summe der Einzelpreise

[1]) Vgl oben S. 8, Anm. 1.

[2]) cf. l. 35 §§ 5, 6 D. 18,1.

[3]) Ebenso Gruchot a. a. O. S. 475.

beträgt 3,20 Mark. A. legt 3 Mark hin, und B. erklärt sich damit zufrieden. Auch hier liegt m. E. nicht ein einziges Kaufgeschäft vor, sondern es gilt der Satz „quot res, tot venditiones“: prima facie liegt allerdings ein Gesamtpreis vor; thatsächlich aber handelt es sich um die Summe der Einzelpreise: der Verkäufer rechnet von jedem Einzelpreise einen verhältnismässigen Betrag ab, und zwar in der Höhe, dass alle Preise zusammen die runde Summe von 3 Mark ergeben. – Doch kann der Wille der Kontrahenten natürlich stets darauf gerichtet sein, ein einziges Geschäft über die mehreren Sachen zu schliessen.

Ein Zweifel könnte vielleicht noch über folgenden Fall bestehen: A. verkauft dem B. den gesamten in seinem Keller liegenden Weinvorrat, der nach der Aussage des A. 100 Liter beträgt; Preisabrede: Liter für Liter, die guten Sorten wie die schlechten, für einen Durchschnittspreis von 1 Mark. Hier könnte man sagen: „Die Ware ist genau bestimmt; auch zur Ermittlung des Preises bedarf es nicht mehr eines Ausmessens: denn da zugesagt ist, es seien 100 Liter, so ist der Gesamtpreis eben 100 Mark.“ Trotzdem würde ich hier einen Aversionalkauf nicht für vorliegend erachten. Denn es ist doch ein Unterschied, ob für den ganzen Weinvorrat ein Gesamtpreis von 100 Mark vereinbart ist, oder ein Durchschnittspreis von 1 Mark. Dieser Unterschied würde sich z. B. in der Haftung des Verkäufers für die zugesagte Quantität[1]) zeigen. Im ersteren Falle würde, wie ich später ausführlich erörtern werde, der Käufer eine Klage auf Minderung des vereinbarten Kaufpreises haben; im zweiten Falle aber wären 100 Mark von vornherein gar nicht geschuldet; vielmehr hätte der Käufer von Anfang an nur so viel Mark zu zahlen, als wirklich Liter in dem Keller vorhanden gewesen sind.

Es ist also auch hier ein Unterschied, ob der Preis als unum pretium in universum oder nur als pretium in singulos modos verabredet ist.[2])

---

[1]) Die Frage nach der Gefahr übergehe ich absichtlich; denn bei einem solchen Kauf wird häufig die Gefahr sogleich auf den Käufer übergehen, weil der Wille der Kontrahenten darauf gerichtet war.

[2]) Vgl. R.O.H.G. X, Nr. 79.

§ 6. Muss der Preis beim Kauf in Bausch und Bogen stets absolut bestimmt sein?

Gruchot sagt a. a. O. S. 474: „Ein Kauf in Bausch und Bogen liegt nur dann vor, wenn auch der Preis in Bausch und Bogen, d. h. mit absoluter Bestimmtheit für das Ganze verabredet ist, mit anderen Worten, wenn es zur Feststellung des Preises ebensowenig als zur Feststellung der erkauften Sache des Wiegens, Zählens oder Messens bedarf.“ Allerdings darf ein Wiegen, Zählen oder Messen zur Ermittlung des Preises nicht mehr erforderlich sein; das besagt vor allem l. 35 § 5 D. 18,1. Ist aber damit zugleich das Erfordernis „absoluter Bestimmtheit des Kaufpreises“ gegeben? Kann der Preis nicht auch relativ bestimmt sein, ohne dass es zu seiner Ermittlung des Wiegens, Zählens oder Messens bedarf?

Im allgemeinen gilt für den Kaufpreis das Erfordernis: das ‚pretium‘ muss ‚certum‘ sein; doch sind wohl alle einig, dass eine relative Bestimmtheit (= Bestimmbarkeit) genügt. Von dieser Regel gelten nun für den Bauschkauf die beiden mehrmals hervorgehobenen Ausnahmen: 1. Es muss ein Gesamtpreis verabredet sein; 2. ein Messen darf zur Ermittlung des Preises nicht mehr erforderlich sein.

Eine weitere Ausnahme kann ich in den Quellen nicht entdecken; es ist somit keineswegs jede andere Art relativer Preisbestimmung ausgeschlossen. Gruchot zitiert als Gewährsmann für seine Ansicht Thöl (Handelsrecht I § 265): „Der Kaufpreis muss feststehen, d. h. es muss auf die vereinbarte Art der Ausmittlung die Summe gewiss geworden sein.“

Es scheint mir höchst unwahrscheinlich, dass Thöl mit diesen Worten jede Art relativer Preisbestimmung hat ausschliessen wollen Zum Beweise, dass ein Aversionalkauf auch bei relativer Preisbestimmung möglich ist, führe ich folgende Beispiele an:

1. A. hat dem B. seinen gesamten Weinvorrat letztwillig hinterlassen; er hatte einst diesen ganzen Vorrat für einen Gesamtpreis in Bausch und Bogen gekauft. Jetzt kauft C. vom B. diesen gesamten Weinvorrat uno pretio, nämlich für dieselbe Summe, welche A. seiner Zeit bezahlt hatte.

2. A. will das gesamte Warenlager des B. kaufen,

C. das des D. Während C. und D. noch über das Geschäft unterhandeln, kommt die Nachricht, dass A. soeben das Warenlager des B. in Bausch und Bogen erworben hat. Daraufhin kommt auch das Geschäft zwischen C. und D. zu stande: C. kauft das gesamte Warenlager des D. ohne Berücksichtigung der einzelnen Bestandteile; als Kaufpreis wird diejenige Summe festgesetzt, die A. für das Warenlager des B. versprochen hat.

In den beiden Fällen liegt m. E. ein Aversionalkauf vor, obwohl der Kaufpreis nur relativ, d. h. durch Verweisung auf ein ausserhalb des Geschäftes liegendes Moment bestimmt ist, obwohl der Kaufpreis den Kontrahenten zur Zeit des Vertragsschlusses der Summe nach noch nicht bekannt ist.

3. Kapitel.

§ 7. Beschränkungen in Bezug auf die Art des Vertragsschlusses beim Kauf in Bausch und Bogen.

Wir haben bisher Ware und Preis beim Aversionalkauf näher ins Auge gefasst; es bleibt noch übrig zu untersuchen, ob irgendwelche Beschränkungen hinsichtlich der Art des Vertragsschlusses bestehen.

Alle die für Ware und Preis festgestellten Beschränkungen des Bauschkaufes gründen sich auf ein Prinzip: Die Römer erkennen einen Kauf in Bausch und Bogen nur da an, wo die Gefahr sofort mit dem Kaufabschluss auf den Käufer übergeht. Daher kann nur eine Species Gegenstand des Bauschkaufes sein; daher darf zur Ermittlung des Preises kein Wiegen, Zählen oder Messen erforderlich sein. Dieses Prinzip bringt noch eine dritte Beschränkung mit sich: Ein Aversionalkauf kann nur dann vorliegen, wenn der Kaufvertrag unbedingt — pure — abgeschlossen ist. Daher liegt z. B. auch kein Bauschkauf vor, wenn die Bestimmung des Preises einem Dritten überlassen ist; denn hier gilt ja der Kauf als bedingt durch die Bestimmung des Dritten.

4. Kapitel.

§ 8. Definition des Kaufes in Bausch und Bogen.

Nach den vorhergehenden Erörterungen kommen wir zu folgender Begriffsbestimmung:

Kauf in Bausch und Bogen ist derjenige stets unbedingte — Vertrag, durch welchen eine individuell bestimmte Mehrheit vertretbarer oder nicht vertretbarer, gleichartiger oder ungleichartiger, körperlicher oder unkörperlicher Gegenstände als ein Ganzes, d. h. nicht mit Unterscheidung der einzelnen Bestandteile, gegen Zahlung eines für das Ganze bestimmten Gesamtpreises in das Vermögen eines anderen übertragen wird.

II. Abschnitt.

Stellung des Kaufes in Bausch und Bogen zu den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen.

I. Kapitel.

§ 9. Allgemeines.

Nach Feststellung des Begriffes komme ich zur Untersuchung der Frage, ob der Kauf in Bausch und Bogen durchweg unter den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen steht. Ich werde im folgenden nur diejenigen Punkte zu erörtern haben, in denen Abweichungen des Aversionalkaufes von den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen thatsächlich vorhanden oder wenigstens in der Litteratur behauptet worden sind. Dagegen kann es nicht meine Aufgabe sein, alle diejenigen Punkte besonders hervorzuheben, in denen die Uebereinstimmung des Bauschkaufes mit den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen niemals bestritten worden, auch nicht bestreitbar ist; denn es bedarf keiner besonderen Erwähnung, dass der Verkäufer beim Kauf in Bausch und Bogen ebenso wie beim gewöhnlichen Kaufe zur Uebergabe der Kaufsache verpflichtet ist; dass er dem Käufer auch beim Aversionalkaufe des habere licere der Kaufsache zu gewähren hat; dass umgekehrt der Käufer auch beim Bauschkaufe den verabredeten Preis zu zahlen hat; dass ferner auch aus dem Kaufe in Bausch und Bogen die actio empti bezw. die actio venditi begründet wird etc.

2. Kapitel.

Bestimmungen, in denen Abweichungen des Kaufes in Bausch und Bogen von dem gewöhnlichen Kaufvertrage wirklich bestehen oder wenigstens in der Litteratur behauptet worden sind.

I. Abteilung.

§ 10. Der Gefahrübergang.

Die Quellen heben zu wiederholten Malen hervor, dass beim Bauschkaufe die Gefahr bereits vor der Uebergabe der Kaufsache, bereits mit der Perfektion des Geschäftes auf den Käufer übergeht. Das muss notwendigerweise den Anschein erwecken, als gelte dieser Gefahrübergang als irgend eine Besonderheit für den Kauf in Bausch und Bogen. Denn wozu bedürfte es sonst einer besonderen Erwähnung, dass hinsichtlich des Gefahrüberganges beim Aversionalkaufe „idem iuris est quod in ceteris rebis"?[1]) Zu welchem Zwecke hebt sonst Modestinus[2]) besonders hervor, dass „res in aversione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit, etiamsi res adsignata non sit"? Demgemäss ist auch bei vielen neueren Juristen die Ansicht vertreten, dass hinsichtlich des Gefahrüberganges für den Aversionalkauf eine Besonderheit gelte. So z. B. bei Gruchot;[3]) er sagt: „Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts tritt die Besonderheit des Handels in Bausch und Bogen in Beziehung auf die den Käufer treffende Gefahr hervor;" und wenn er darin auch keine „Abweichung von der beim gewöhnlichen Kaufe einer speziellen Sache über die Tragung der Gefahr geltenden Regel" sieht, so lässt sich doch seiner Ansicht nach „eine Besonderheit nicht verkennen, wenn wir den Gegenstand dieses Handels ins Auge fassen." M. E. besteht hinsichtlich des Gefahrüberganges keine Besonderheit für den Bauschkauf. Betrachten wir zunächst die für den Kauf im allgemeinen in Frage kommenden Sätze:

[1]) cf. l. 35 § 5 D. 18,1.
[2]) cf. l. 62 § 2 D. 18,1.
[3]) a. a. O. S. 480.

Im römischen Recht besteht der Grundsatz: periculum est emptoris, d. h. der Käufer trägt die Gefahr; er trägt sie von der Perfektion des Kaufes an; dies ergiebt sich aus l. 8 pr. D. 18,6, wo es heisst: „perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet.[1]) Geht also nach der Perfektion die Kaufsache unter oder wird sie verschlechtert, so hat der Käufer den vollen Kaufpreis zu zahlen; vorausgesetzt, dass dem Verkäufer kein Verschulden zur Last fällt.

Wann ist der Kauf nun so perfekt, dass die Gefahr auf den Käufer übergeht? Auch auf diese Frage geben uns die Quellen Antwort; in l. 8 pr. D. 18,6 heisst es: „si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio.“ Dreierlei ist also zur Perfektion des Kaufes erforderlich:[2])

1. Die Ware muss individuell genau bestimmt sein.

2. Der Kaufpreis muss der Summe nach genau bestimmt sein.

3. Der Kauf darf nicht bedingt sein.[3])

Nur wo diesen drei Erfordernissen genügt ist, ist der Kauf perfekt,[4]) und erst von diesem Zeitpunkt an geht die Gefahr auf den Käufer über. Wie steht es nun mit diesen drei Erfordernissen beim Kauf in Bausch und Bogen?

---

[1]) Vgl. auch l. 1 C. 4,48.

[2]) Natürlich muss in erster Linie der Konsens der Kontrahenten vorhanden sein, denn ohne diesen kommt eine Vertragsobligation ja gar nicht zu stande.

[3]) Es ist zu beachten, dass diese drei Erfordernisse identisch sind mit denjenigen, die ich im ersten Abschnitt für den Begriff des Bauschkaufes festgestellt hatte.

[4]) In einem gewissen Sinne perfekt, bindend ist der Kauf natürlich schon, sobald die Kontrahenten über Ware und Preis einig sind; denn dieser Konsens ist es, der die Obligation, d. h. das rechtliche Band begründet. Wenn also A. dem B. 10 Liter Wein aus einem 30 Liter enthaltenden Fasse für einen bestimmten Preis verkauft, so sind beide Teile an den Kauf gebunden; weder der Käufer noch der Verkäufer darf sich dem Ausmessen der 10 Liter aus dem grösseren Vorrat widersetzen. In Bezug auf den Gefahrübergang aber ist der Kauf noch nicht perfekt; das „quid“ der Ware ist noch nicht klar ersichtlich; vgl. hierüber l. 35 § 5 D 18,1, wo es heist: „non aliter videtur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa adnumeratave sint;“ dazu auch l. 35 § 7 cod. Vgl. übrigens auch Sintenis a. a. O. S. 595 und vor allem Thöl a. a. O. I § 263.

1. Die Ware muss individuell genau bestimmt sein. Es ist oben S. 19 f. auseinandergesetzt worden, dass überhaupt nur da ein Aversionalkauf möglich ist, wo diesem Erfordernisse genügt ist; denn ein Bauschkauf kann nur über eine Species geschlossen werden. Ist eine nur generell bestimmte Sache Gegenstand des Kaufes, so gilt nicht der Satz „periculum est emptoris," sondern der Satz „genus perire non censetur"; d. h. die Gefahr bleibt beim Verkäufer. Der Grund liegt darin, dass der Kauf hinsichtlich des Gefahrüberganges noch nicht perfekt ist, und zwar weil die Kaufsache noch nicht genügend individualisiert ist. Aus ebendemselben Grunde liegt aber bei bloss genereller Bestimmung des Kaufgegenstandes ein Aversionalkauf niemals vor. Ist die Kaufsache zwar nicht generell bestimmt, aber doch so, dass es zur genauen Spezialisierung noch eines Messens, Zählens oder Wiegens bedarf, so bleibt die Gefahr beim Verkäufer; denn, da das „quid" der Ware noch nicht genau bestimmt ist, ist der Kauf noch nicht perfekt.[1]) Aus ebendemselben Grunde aber kann hier niemals ein Bauschkauf zu stande kommen; denn, wie oben S. 19 f. gezeigt, ist ein Aversionalkauf nur da möglich, wo die Kaufsache bereits genau spezialisiert ist.[2])

[1]) Vgl. oben S. 27 Anm. 4.

[2]) Die Worte bei Gruchot a. a. O. S 480 können allerdings zu einem Irrtum Anlass geben; nach dem von ihm festgestellten Begriffe ist stets nur eine Mehrheit vertretbarer Sachen Gegenstand des Bauschkaufes; solche Gegenstände pflegen in der Regel, wie Gruchot mit Recht sagt, nur generisch oder als Teile eines grösseren Ganzen verkauft zu werden; demgemäss verbleibt die Gefahr meistens auch nach dem Vertragsschluss beim Verkäufer. Es heisst nun weiter: „Der Handel in Bausch und Bogen ist es, welcher den Sachen der eben bezeichneten Art ohne weiteres die entgegengesetzte Eigenschaft verleiht, sie zu einer Species, zu einem corpus umwandelt und vermöge dieser Verkörperung äusseren Einwirkungen (dem periculum wie dem commodum) zugänglich macht." M. E. ist es nicht die besondere Art des Kaufabschlusses, welche diese Umwandlung herbeiführt, sondern lediglich der Wille der Kontrahenten, der schon vor dem Kaufabschluss wirksam ist. Nicht der Aversionalkauf bewirkt, dass generisch bestimmte Sachen zu einer Species werden, sondern ein solcher Kauf ist nur da möglich, wo die Sachen bereits speziell bestimmt sind, mag es sich auch um Gegenstände handeln, die in der Regel generisch bestimmt zu werden pflegen. Wenn also A. von B. zehn Flaschen 1894er Rüdesheimer Berg (generell) kauft, so können

2. Der Kaufpreis muss der Summe nach genau bestimmt sein; denn sonst ist der Kauf noch nicht perfekt, die Gefahr geht noch nicht auf den Käufer über, da das ‚quantum pretii' noch nicht gewiss ist. Aus ebendemselben Grunde aber ist, wie oben S. 20 f. bewiesen, auch ein Aversionalkauf in solchem Falle nicht möglich. Ist also z. B. ein Stück Tuch verkauft worden mit der Preisabrede „pro Meter 10 Mark", so bleibt, da der Preis seiner Summe nach noch nicht gewiss ist, die Gefahr bis zur Ausmessung beim Verkäufer; es liegt noch keine venditio perfecta vor. Denn — so heisst es in l. 35 § 5 D. 18,1 — erst dann ist der Kauf perfekt, „cum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulas metretas aut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, puas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris.[1]) Dass aber auch in diesen Fällen, wo es zur Ermittlung des Preises noch eines Messens, Wiegens oder Zählens bedarf, ein Bauschkauf niemals vorliegt, ist oben bereits gesagt worden.

die Kontrahenten nicht verabreden: Wir wollen einen Kauf in Bausch und Bogen schliessen, indem wir die zehn Flaschen als ein Ganzes behandeln und einen Gesamtpreis festsetzen. — Einen Bauschkauf können sie vielmehr nur schliessen, wenn die Ware bereits individuell genau bestimmt ist, wenn A. von B. diese bestimmten zehn Flaschen (Species) kauft.

[1]) Wie im Text: Gruchot a. a. O. S. 475, Hofmann a. a. O. S. 135, vor allem Thöl a. a O. I § 265. So auch die herrschende Lehre. — A. A. ist Voet a. a. O. XVIII, 6 Nr. 4; nachdem er gesagt hat, dass beim Verkaufe eines Fasses Wein für einen Gesamtpreis die Gefahr sofort auf den Käufer übergeht, fährt er folgendermassen fort: „Nec aliud dicendum, si quis omne vinum in dolio reconditum vendat, pretio sic constituto, ut pro portione mensurae, per admensionem manifestandae, solvatur pecunia." - Diese Ansicht entspricht jedoch nicht den Quellen.

Sehr bestritten ist übrigens die Frage, ob ein solcher Kauf ein bedingter sei (abhängig von der Bedingung des Wiegens, Messens, Zählens), oder ob er nur wie ein bedingter zu behandeln sei; der Grund dieses Streites liegt in den Worten der l. 35 § 5 D. 18,1: „quia venditio ‚quasi' sub hac condicione fieri videtur."

Für die Behandlung dieser Verträge als suspensiv bedingter ist die herrschende Meinung; vor allem Thöl a. a. O. § 265, Fr. Mommsen a. a. O. I S. 339, Fick a. a. O S. 90, Anm. 54; dagegen besonders Goldschmidt, Zeitschrift, I S. 80, welcher annimmt, dass „diese Käufe nach älterer römischer Anschauung noch gar keine Käufe seien". Die

3. Der Kauf darf nicht bedingt sein; er muss „pure“ abgeschlossen sein. Sonst ist er nicht perfekt, und die Gefahr[1]) geht nicht auf den Käufer über. Aus ebendemselben Grunde ist aber, wie oben S. 24 bemerkt, auch ein Aversionalkauf nicht möglich, solange das Geschäft bedingt ist. Und wie ein Bauschkauf nicht vorliegt, wenn die Preisbestimmung einem Dritten überlassen ist, so ist auch bei solcher Preisabrede der Kauf hinsichtlich des Gefahrüberganges noch nicht perfekt; denn das Geschäft gilt als suspensiv bedingt, bis der dritte den Preis wirklich bestimmt hat.

Wir haben gesehen, dass die Erfordernisse für die Perfektion hinsichtlich des Gefahrüberganges identisch sind mit den Voraussetzungen, die für den Begriff des Aversionalkaufes notwendig sind. Und dies ist auch natürlich; denn die Römer haben, wie oben bereits hervorgehoben, die Erfordernisse für den Begriff des Bauschkaufes aus dem einen Prinzip hergeleitet: Ein Kauf in Bausch und Bogen liegt nur da vor, wo die Gefahr sofort mit dem Vertragsschluss auf den Käufer übergeht; sie haben nicht umgekehrt gesagt, dass der Aversionalkauf als solcher einen sofortigen Gefahrübergang bewirkt.

Es besteht somit für den Bauschkauf hinsichtlich des Gefahrüberganges keine Abweichung von den allgemeinen Regeln. Der Satz „periculum est emptoris“ gilt nicht als eine Besonderheit für den Kauf in Bausch und Bogen, sondern er gilt durch seine eigene Kraft; weil alle Voraussetzungen, die zu seiner Geltung erforderlich sind (nämlich die der Perfektion), beim Aversionalkaufe stets vorhanden sind.

Streitfrage ist hier nicht weiter zu erörtern; denn auch Goldschmidt giebt ja zu, dass die Gefahr des Unterganges bei solchen Geschäften den Verkäufer trifft. Mögen derartige Käufe bedingte sein, oder mögen nur die für bedingte Käufe geltenden Regeln auf sie Anwendung finden: jedenfalls sind sie hinsichtlich des Gefahrüberganges noch nicht perfekt; die Gefahr geht vielmehr erst mit der Ausmessung auf den Käufer über.

[1]) Der Unterschied der Gefahr des Unterganges und der blosser Verschlechterung kann hier übergangen werden; es genügt, dass die Gefahr des Unterganges beim Verkäufer verbleibt, um zu behaupten, dass der Kauf hinsichtlich des Gefahrüberganges noch nicht „perfekt“ ist, dass daher der Satz „periculum est emptoris“ keine Anwendung findet.

Weshalb heben nun aber die Quellen besonders hervor, dass beim Kauf in Bausch und Bogen die Gefahr schon vor der Uebergabe auf den Käufer übergeht, wenn sie damit gar keine Besonderheit feststellen wollen? — Der Grund ist folgender: Gegenstand des Bauschkaufes ist sehr oft eine Mehrheit vertretbarer Sachen; solche Sachen pflegen aber entweder bloss generisch oder als Teile eines grösseren Ganzen bestimmt zu werden; bei ihnen wird auch der Preis sehr häufig nur nach Einheiten festgesetzt.

Da in diesen Fällen der Kauf aber mangels genügender Individualisierung der Ware bezw. gehöriger Bestimmtheit des Preises noch nicht perfekt ist, bleibt bei derartigen Sachen die Gefahr in der Regel auch noch nach dem Kaufabschluss beim Verkäufer. Die Quellen heben nun den sofortigen Gefahrübergang bei dem Bauschkaufe deswegen besonders hervor, um zu zeigen, dass auch vertretbare Sachen im Einzelfalle speziell bestimmt sein können, dass auch bei solchen Sachen im Einzelfalle die allgemeinen Voraussetzungen für die Perfektion des Kaufes schon bei dem Abschluss vorhanden sein können, und dass dann trotz der Eigenschaft der Sachen als vertretbarer auch die allgemeine Regel Anwendung findet, weil ja dann alle Erfordernisse für die Perfektion des Kaufes erfüllt sind.

II. Abteilung: Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung.

§ 11. A. Haftung des Verkäufers für rechtliche Mängel (Eviktion).

Nach gemeinem Rechte haftet der Verkäufer dafür, dass dem Käufer das ‚habere licere' der Kaufsache zusteht; d. h. er haftet dafür, dass sein Recht ausreicht, um dem Käufer die rechtliche Herrschaft über den Kaufgegenstand dauernd zu sichern. Ist nun das Recht des Verkäufers nicht ausreichend, so kann es vorkommen, dass die Kaufsache dem Käufer von einem Dritten, der ein besseres Recht an der Sache hat, abgestritten wird. Man spricht hier von Eviktion oder Entwährung, wenn die Sache dem Erwerber auf Grund rechtskräftigen Urteiles entzogen wird. Da der Grund der Eviktion stets in dem mangelhaften Rechte des Verkäufers liegt, so haftet letzterer für den daraus ent-

stehenden Schaden. Der Käufer kann mit der actio empti[1]) vom Verkäufer sein Interesse fordern, d. h. dasjenige, was er gehabt hätte, wenn die Entwährung nicht eingetreten wäre. Uns interessiert hier nur folgende Frage: Gilt für den Kauf in Bausch und Bogen irgend eine Besonderheit hinsichtlich der Haftung des Verkäufers wegen Entwährung?

I. Unbestritten ist meines Wissens, dass bei Totaleviktion, d. h. bei Entwährung des ganzen Kaufobjekts beim Bauschkaufe dasselbe gilt, wie beim regelmässigen Kauf: der Verkäufer hat dem Käufer das Interesse zu ersetzen. Dasselbe gilt bei der Eviktion eines ideellen Teiles.

II. Bestritten ist lediglich die Frage, wie es bei Eviktion eines reellen Teiles zu halten ist, d. h. in dem Falle, wenn von den mehreren Sachen, aus denen das Kaufobjekt besteht, eine oder einzelne entwährt werden.

Die von manchen älteren Rechtslehrern geäusserte Ansicht, dass in diesem Falle beim Kaufe in Bausch und Bogen der Verkäufer niemals wegen der Eviktion einzelner Stücke hafte, da die Kaufsverhandlung nicht speziell auf die einzelnen Stücke gerichtet worden sei, findet meines Wissens heute keinen Verteidiger mehr. Ausdrücklich haben sich gegen diese Meinung erklärt Glück a. a. O. XX S. 236; ferner ein in v. Hartitzschs Entscheidungen unter Nr. 176 abgedrucktes Erkenntnis, wo es heisst: „Die Meinung, dass in dem Falle, wenn ein Kauf in Bausch und Bogen abgeschlossen worden ist, wegen entwährter einzelner Sachen der Verkäufer niemals zur Eviktionsleistung verbunden sei, ist irrig.“ — Allerdings scheint l. 36 D. 21,2 die Haftung des Verkäufers für Entwährung eines reellen Teiles der Kaufsache auszuschliessen; denn es wird dort gesagt, dass wegen des evinzierten Teiles eines Hauses keine Haftung bestehe.

Wie ist aber damit l. 23 § 1 D. 41,3 zu vereinigen? Hier heisst es doch ausdrücklich, dass der Käufer die actio ex empto habe, wenn ihm ein Teil eines Hauses (columna) evinziert wird. — Ich kann mich nur der herrschenden Lehre anschliessen, welche meint, dass die l. 36 D. 21,2

[1]) Die actio ex stipulatu, welche im römischen Recht der evinzierte Käufer gegen den Verkäufer hatte, ist nicht gemeinrechtlich.

lediglich auf die actio ex stipulatu zu beziehen sei. Das entspricht auch durchaus der strikten Natur dieser römischen Klage; denn da das zu Grunde liegende Versprechen in der Regel nur für den Fall der Entwährung des Kaufgegenstandes als solchen gegeben war, so haftete der Verkäufer aus diesem Versprechen auch nur bei totaler Eviktion. — Ganz anders die actio empti als eine actio bonae fidei! Betonen doch die Quellen zu wiederholten Malen, dass, wenn sich ein Rechtsgeschäft auf eine Gesamtheit von Sachen bezieht, auch die einzelnen Bestandteile als solche mitbegriffen seien; so z. B. beim Legat, vgl. l. 79 pr. D. de legatis III.[1]) Warum soll dasselbe nicht beim Kaufe gelten? So erklärt sich auch der scheinbare Widerspruch zwischen l. 36 D. 21,1 und l. 44 eod.; denn wie wäre es sonst zu begreifen, dass der Verkäufer für Eviktion der „tabulae navis" nicht haften solle, obwohl dieselben als „navi coniunctae quasi membra navis sunt"? Die Lösung ist eben die, dass l. 36 nur die actio ex stipulatu im Auge hat, keineswegs aber die actio empti ausschliessen will.[2])

Betrachten wir nun des Näheren die Haftung des Verkäufers wegen Entwährung beim Kauf in Bausch und Bogen:

1. Keine Schwierigkeit liegt vor, wenn es sich um eine Quantität vertretbarer Sachen handelt; z. B. A. hat dem B. ein bestimmtes, 10 Liter enthaltendes Fass Wein verkauft und übergeben. Jetzt werden 2 Liter evinziert. Hier ist zugleich ein ideeller Teil entwährt worden; daher ist die Haftung des Verkäufers nicht zu bestreiten.

2. Wie ist es in dem sehr häufigen Falle, wenn die mehreren Sachen nach der Anschauung des Verkehrs in einem wirtschaftlichen Zusammenhange stehen, also eine sogen. universitas bilden?

a) Hinsichtlich der universitas iuris ist es meines

---

[1]) Vgl. auch l. 72 D. 21,2.

[2]) A. A. ist Sintenis a. a. O. II S. 627 Anm. 147. Er meint, dass die l. 36 auch die actio empti ausschliessen wolle, und zwar deswegen, weil die Verbindung der Bestandteile in dem fraglichen Falle eine so feste sei, dass beim Verkauf nur das Ganze, und nicht die Bestandteile in Betracht kommen. — Doch leugnet Sintenis durchaus nicht, dass beim Bauschkauf eine Haftung des Verkäufers wegen Entwährung einzelner Stücke möglich sei. —

Wissens unbestritten, dass der Verkäufer nur für die Eviktion derjenigen Stücke haftet, welche als zur Gesamtheit gehörend bezeichnet worden waren. Das folgt aus l. 5 D. 21,2 und l. 1 C. 8,44. Hat z. B. A. dem B. die Erbschaft des C. verkauft und übergeben, und nun wird der kostbare Bechstein-Flügel evinziert, so haftet A. nicht; denn der Flügel hat eben gar nicht zur Erbschaft gehört.[1])

Hat dagegen A. beim Verkaufe der Erbschaft gesagt, dass auch ein Flügel zum Nachlasse gehöre, dann haftet er für Eviktion desselben. Natürlich haftet der Verkäufer auch dafür, dass dem Käufer so viele Stücke verbleiben, dass das Ganze als solches nicht in Frage gestellt ist. Werden so viele Stücke evinziert, dass die dem Käufer verbleibenden nicht ausreichen, um die universitas als solche zu bilden, so haftet der Verkäufer natürlich; so viele Stücke, wie nach der Ansicht des Verkehrs zu dem Begriffe der fraglichen universitas erforderlich sind, müssen dem Käufer stets verbleiben; denn der Verkäufer hat ihm ja das habere licere der universitas zu gewähren. —

b) Ueber die Haftung des Verkäufers wegen Eviktion einzelner Stücke einer universitas facti herrscht Streit. Es stehen sich drei Hauptansichten gegenüber:

a[1]) Der Verkäufer haftet unbedingt wegen der Eviktion einzelner Bestandteile.[2])

b[1]) Es ist zu unterscheiden, ob die Sachgesamtheit in Bausch und Bogen verkauft ist oder unter Berücksichtigung der einzelnen Bestandteile;[3]) im ersten Falle haftet der Verkäufer nur wegen Eviktion des Ganzen oder ideeller Teile; im zweiten haftet er für jeden einzelnen Bestandteil.

c[1]) Die universitas facti wird ebenso behandelt wie die universitas iuris.[4]) —

---

[1]) Anders natürlich, falls der Verkäufer in dolo ist.

[2]) So Glück a. a. O. XX § 1117; Holzschuher a. a. O. III S. 389; vgl. auch Göschen a. a. O. II, 2, S. 95 und vor allem Göppert a. a. O. S. 66.

[3]) So Franzkius, Commentar. ad Pand. XXI, 2 Nr. 165—173; Christoph de Lyncker, dissertatio de evictionibus (Jenae 1699) § 28; vgl auch Seuffert, Pandekten II, § 268.

[4]) So die jetzt herrschende Lehre, der fast alle Neueren zustimmen; vgl. Bekker in seinem Jahrbuch VI, S. 171; dagegen jedoch Göppert a. a. O. S. 66.

Welche dieser Ansichten ist die richtige?

Ich stehe nicht an, mich der herrschenden Meinung anzuschliessen, welche dahin geht, dass die universitas facti ebenso zu behandeln sei, wie die universitas iuris, d. h., dass auch bei der Sachgesamtheit der Verkäufer wegen Eviktion einzelner Teile nur dann hafte, wenn die entwährten Stücke als zur Gesamtheit gehörig bezeichnet worden sind, oder wenn durch die Eviktion die Gesamtheit als solche in Frage gestellt ist. Die Quellen führen allerdings als Beispiele nur solche Inbegriffe an, die wir als universitates iuris zu bezeichnen pflegen, nämlich die hereditas und das peculium.[1]) Es fragt sich, ob die Römer deswegen die betreffenden Sätze auf die Sondervermögen beschränken wollten, oder ob sie mit diesen Beispielen schlechthin auf alle universitates rerum hinweisen wollten. Um die Frage zu beantworten, müssen wir die Gründe untersuchen, welche für die Beschränkung der Haftung des Verkäufers angeführt sind, und müssen dann sehen, ob diese Gründe auch bei der universitas facti zutreffen. Betrachten wir einmal l. 5 D. 21,2 etwas näher: Es ist ein Peculium verkauft worden; ein Sklave daraus wird evinziert; es fragt sich, ob der Verkäufer haftet. Labeo verneint die Frage, „quia sive non fuit in peculio, non accesserit, sive fuerit, iniuriam a iudice emptor passus est.“ Der Sklave hat also entweder gar nicht zum Peculium gehört; dann ist er auch gar nicht Gegenstand des Kaufes gewesen. Oder aber er hat dazu gehört und ist trotzdem evinziert worden, so hat der Richter dem Käufer unrecht gethan; dann hat der Verkäufer natürlich nichts zu leisten; denn nur sein mangelndes Recht begründet die Haftung, nicht die Ungerechtigkeit des Richters. Ebendieselben Gründe scheinen mir auch für die universitas facti zu bestehen: A. verkauft die ihm gehörige Schafherde an B.; nach der Uebergabe werden einige Schafe evinziert; hier gilt dasselbe: Entweder haben die Schafe gar nicht zu der Herde des A. gehört; dann sind sie auch gar nicht mitverkauft worden; oder aber sie haben dazu gehört, dann ist dem Käufer mit der Eviktion unrecht geschehen.

Diese inneren Gründe, welche für eine gleiche Behand-

[1]) l. 1 C. 8,44. l. 5 D., 21,2.

lung der universitas iuris und der universitas facti sprechen, bestimmen mich zu der Annahme, dass die Quellen mit dem peculium und der hereditas schlechthin Beispiele für universitates rerum haben geben wollen.[1])

Entgegengesetzter Meinung ist Göppert a. a. O. S. 66. Er beschränkt die fraglichen Sätze hinsichtlich der Eviktion auf die universitas iuris, da die Quellen nur von einer solchen sprechen; er hält eine verschiedene Behandlung der Sachgesamtheiten und der Sondervermögen auch aus inneren Gründen für gerechtfertigt. Zunächst sei der Wille der Kontrahenten in beiden Fällen ein verschiedenartiger: „Die Annahme ist unrichtig, dass beim Kauf einer Sachgesamtheit die Intention der Handelnden, insbesondere des Erwerbers auf das Ganze als solches, nicht auf die einzelnen Stücke gehe.“ — Wie ist es denn aber mit dem Willen des Erwerbers einer universitas iuris? Will denn hier der Käufer wirklich nur den Begriff des Sondergutes, das ideale Ganze als solches erwerben, oder ist sein Wille auch hier auf die einzelnen Bestandteile gerichtet? Ich glaube, dass auch dem Käufer einer Erbschaft an dem idealen Begriffe des Ganzen in der Regel sehr wenig gelegen ist: vielmehr ist sein Erwerbswille auf die einzelnen Nachlasssachen gerichtet. Aber, so fährt Göppert fort, bei der universitas iuris „ist der Kreis der veräusserten Gegenstände durch einen festen Rechtsbegriff objektiv bestimmt; Sachen, welche nicht unter diesen fallen, sind überhaupt nicht mitverkauft. Der Käufer nimmt, indem er seinen Erwerb in dieser Weise begrenzt, die Chance auf sich, ob die hereditas oder das peculium viel oder wenig umfasst; will er dies nicht, so mag er sich über den Umfang besondere Zusage geben lassen.“

[1]) Auch eine äusserer Grund scheint mir dafür zu sprechen. In l. 33 pr. D. 21,1 wird aus ähnlichen Gründen, deretwegen der Verkäufer nicht für die Eviktion einzelner Stücke der universitas haftet, seine Haftung wegen Mängel einzelner Stücke beschränkt. Auch hier werden als Beispiele die hereditas und das peculium gewählt: dann aber fügt Ulpian hinzu, dass dasselbe für das Inventar eines Landgutes gilt. Dass das instrumentum fundi zu den Sachgesamtheiten zählt, scheint mir trotz des Bedenkens Göppert's (a. a. O. S. 68) zweifellos zu sein. Die Gründe aber, die für die Ausdehnung der in l. 33 pr. D. 21,1 enthaltenen Sätze auf die universitas facti sprechen, sprechen auch für die analoge Ausdehnung hinsichtlich der Eviktion.

Ganz anders nach Göppert's Ansicht beim Kaufe einer Sachgesamtheit: „hier ist kontrahiert worden über das, was die Parteien im konkreten Falle unter der gewählten Gesamtbezeichnung begriffen haben.“ — Ich kann trotz Göppert's Ausführungen einen solchen inneren Unterschied zwischen der Sachgesamtheit und dem Sondervermögen nicht entdecken. Die „Schulzesche Bibliothek“ ist ein ebenso fester, objektiv begrenzter Rechtsbegriff, wie die „Schulzesche Erbschaft“. Wie zur Erbschaft nur alles das gehört, was dem ‚Schulze‘ zur Zeit seines Todes zu Eigen war, so zur Bibliothek nur alle diejenigen Bücher, an denen ‚Schulze‘ wirklich Eigentum hat. Es gilt hier genau dasselbe, was Göppert von der hereditas sagt: Der Käufer nimmt, indem er seinen Erwerb in dieser Weise beschränkt, die Chance auf sich, ob die Bibliothek viel oder wenig Bücher umfasst; will er dies nicht, so mag er sich über den Umfang besondere Zusage geben lassen. —

Und doch wird die Haftung des Verkäufers bei der universitas facti viel häufiger auch auf die einzelnen Bestandteile gerichtet sein, wie bei der universitas iuris. Das folgt aber nicht aus dem Begriff der ersteren, sondern aus dem Willen der Kontrahenten. Was diese unter der gewählten Gesamtbezeichnung begriffen haben, ist stets massgebend und daher zu erforschen; bei der universitas facti aber wird der Wille sehr häufig nicht nur auf das Ganze als solches, sondern auch auf die einzelnen Bestandteile gerichtet sein; dann hat der Verkäufer natürlich das habere licere jedes einzelnen Bestandteiles zu gewährleisten. Bei der Sachgesamtheit ist auch häufig aus konkludenten Handlungen eine Zusage zu entnehmen.

Wir wollen folgende Fälle unterscheiden:[1])

1. Eine grosse Bibliothek wird verkauft; der Oberbibliothekar selbst, der also den Umfang der Sammlung genau kennt, ist der Käufer. Nun wird eine Anzahl Bücher evinziert; es stellt sich heraus, dass diese Werke, die stets

[1]) Ich übergehe die Fälle, in denen dem Verkäufer ein dolus zur Last fällt, und diejenigen, in denen ein error in corpore vorhanden ist; denn im ersten Falle haftet der Verkäufer wegen des dolus; im zweiten war der zum Vertrag erforderliche Konsens von vornherein nicht vorhanden.

als zur Bibliothek gehörig betrachtet worden waren, vor Jahren durch ein Versehen in die Sammlung hineingeraten waren. Hier haftet m. E. der Verkäufer für jedes Buch; denn der Wille der Kontrahenten begriff alle Werke, die sich zur Zeit des Verkaufes in der Bibliothek befanden; der Veräusserungswille des Verkäufers und der Erwerbswille des Käufers waren auch auf die später evinzierten Bücher gerichtet.

2. Genau wie der erste Fall liegt auch folgender: A. will seine Büchersammlung verkaufen; er zeigt dem B. seinen Bücherschrank, und der Kauf kommt zu stande. Jetzt werden einige Bücher, die sich auch in dem Schrank befanden, thatsächlich aber nur geliehen waren, entwährt. Hier haftet A. ebenso, als hätte er nur diese Bücher verkauft; denn der Wille der Kontrahenten begriff jedes einzige in dem Schranke befindliche Buch.

3. Ein grosser Gelehrter ist gestorben, und ein anderer Gelehrter desselben Faches kauft von den Erben dessen Bibliothek, ohne dieselbe gesehen zu haben und ohne die geringste Zusage über den Umfang der Büchersammlung erhalten zu haben. Er kauft sie lediglich in der Annahme, dass ein so bedeutender Gelehrter wie der Verstorbene auch eine wertvolle Bibliothek haben wird. Es werden sämtliche in dem Arbeitszimmer des Verstorbenen gefundenen Bücher übergeben, und nun wird ein Teil davon evinziert. Hier haftet der Verkäufer m. E. nicht; es liegt genau, wie beim Verkauf einer universitas iuris: es sind nur diejenigen Bücher gekauft worden, die im Eigentum des Verstorbenen gestanden haben; die evinzierten haben gar nicht zu der Bibliothek gehört. — Göppert findet dieses Resultat höchst ungerecht: „Der Käufer ist gewiss sehr unangenehm überrascht, wenn er für den Verlust einer Reihe von Sachen, welche er bezahlt hat, von der herrschenden Theorie den Trost erhält, der Begriff der Bibliothek sei noch unversehrt, auf den er ja doch reflektiert habe.“ Ich glaube, auch der Käufer einer Erbschaft wird unangenehm überrascht sein, wenn ihm von den Erbschaftssachen so viele evinziert werden, dass der Wert der übrig bleibenden kaum die Hälfte des Kaufpreises erreicht; auch ihm wird der Trost, er habe ja doch die Erbschaft als solche, ein sehr schwacher sein. Aber in

beiden Fällen hat m. E. der Käufer den Verlust sich selbst zuzuschreiben, indem er ein so gewagtes Geschäft abgeschlossen hat.[1])

Es gilt also für die universitas facti dasselbe wie für die universitas iuris: Der Verkäufer haftet für Eviktion einzelner Stücke nur dann, wenn dadurch das Ganze als solches in Frage gestellt wird, oder wenn die entwährten Stücke als zum Ganzen gehörig bezeichnet worden waren.[2])

Ebendasselbe gilt, wenn es sich nicht um eine sogen. universitas handelt, sondern um eine Menge solcher Gegenstände, die nur im konkreten Falle durch den Willen der Kontrahenten zu einem Ganzen erhoben worden sind.

Vor allem ist stets zu berücksichtigen, ob nicht der Wille der Kontrahenten im einzelnen Falle auf eine strengere oder geringere Haftung gerichtet war; insbesondere wird gerade beim Bauschkauf die Haftung des Verkäufers für Entwährung einzelner Sachen gemäss dem Willen der Parteien häufig ausgeschlossen oder beschränkt sein.

Ich komme nunmehr auf die bereits oben gestellte Frage zurück: Gilt hinsichtlich der Haftung des Verkäufers wegen Eviktion einzelner Teile für den Aversionalkauf eine Abweichung von den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen?

Die Frage ist zu verneinen. Allerdings wird beim Bauschkauf der Wille der Kontrahenten sehr häufig nur auf die Gewährung des Ganzen als eines solchen gerichtet sein; während umgekehrt bei Stipulierung von Einzelpreisen der Wille in der Regel auf jedes einzelne Stück gerichtet ist; durch die Vereinbarung von Einzelpreisen wird meistens auch die Zugehörigkeit der einzelnen Stücke zum Ganzen besonders zugesagt. Möglicherweise ist jedoch auch der Wille der Parteien nicht auf die einzelnen Bestandteile gerichtet, obwohl ein Kauf in Bausch und Bogen nicht vorliegt, z. B. A. verkauft dem B. seine gesamte Schatherde,

---

[1]) Nach B.G.B. könnte der Käufer in derartigen Fällen unter Umständen das Geschäft nach § 119 wegen Irrtums anfechten.

[2]) Doch braucht dies nicht ausdrücklich geschehen zu sein; es genügt, dass der Kauf mit Rücksicht auf die einzelnen Bestandteile geschlossen worden ist. Vgl. Sintenis a. a. O. S. 624; Seuffert, Pandekten S. 93.

pro Stück 20 Mark. Andererseits kann auch beim Aversionalkauf der Wille der Kontrahenten auf Gewährung jedes einzelnen Stückes gerichtet sein: auch beim Bauschkauf kann der Verkäufer einzelne Stücke besonders zugesagt haben.[1])

Die oben aufgestellte Regel gilt also für jeden Kauf einer Mehrheit von Sachen, wenn sie auch beim Aversionalkauf am häufigsten praktisch werden wird.

III. Eine Besonderheit besteht für den Bauschkauf hinsichtlich der Berechnung der Entschädigung, welche der Verkäufer dem evinzierten Käufer zu zahlen hat. Wie bereits gesagt, ist wegen Eviktion stets das Interesse zu leisten. Bei der Berechnung dieses ist natürlich der Kaufpreis zu Grunde zu legen. Sind nun mehrere Sachen verkauft worden, so unterscheiden die Quellen, ob der Preis in singula corpora bestimmt ist oder in universum. Im ersten Falle ist der für die evinzierte Sache stipulierte Preis zurückzuzahlen. Das gilt auch, wenn es sich um gleichartige Sachen handelt, und ein Durchschnittspreis für die Einheit festgesetzt ist; der individuelle Wert des einzelnen Teiles wird dann nicht in Betracht gezogen. Im zweiten Falle dagegen wird aus dem Gesamtpreis unter Berücksichtigung der besonderen Güte des evinzierten Teiles (pro bonitate) der entsprechende Wert berechnet; diesen hat dann der Verkäufer zu zahlen. Das besagt l. 53 pr. D. 21,2.[2])

B. Haftung des Verkäufers für die Quantität der Ware.

§ 12. I. Eine Zusage hinsichtlich der Quantität ist nicht erfolgt.

A. hat dem B. ein Fass Wein verkauft; eine Zusage über die Menge des Inhaltes ist nicht erfolgt. B. hatte erwartet, das Fass werde mindestens 10 Liter enthalten; er sieht sich nun aber in seiner Erwartung getäuscht; denn

[1]) Es können sogar alle Stücke besonders zugesagt sein: z. B. es wird nach dem Katalog eine Bibliothek für einen Gesamtpreis verkauft.

[2]) Der Verkäufer kann sich nicht darauf berufen, dass die dem Käufer noch verbleibenden Teile den Wert des Gesamtpreises erreichen; vgl. l. 47 D. 21,2.

der Inhalt des Fasses beträgt nur 8 Liter. Kann B. den Verkäufer wegen der 2 Liter belangen? Keineswegs! Es war der erforderliche Konsens über Ware und Preis vorhanden; mag der Käufer die Quantität „irrtümlich" für kleiner oder grösser gehalten haben: Das Geschäft ist giltig geschlossen; ein wesentlicher Irrtum ist nicht vorhanden.[1]) [2]) Der Verkäufer kann nicht haftbar sein für die vom Käufer erwartete Quantität; denn er hat alles geleistet, was er zu leisten hatte: er hat die Ware übergeben.[3]) Der Käufer hat sich einen etwaigen Verlust selbst zuzuschreiben: er hätte ja ein so gewagtes Geschäft nicht zu schliessen brauchen; es hätte in seiner Hand gestanden, das Risiko des Geschäftes zu mindern, indem er wenigstens eine ungefähre Angabe der Quantität verlangte.

Das gilt nicht nur bei einer Quantität vertretbarer Sachen, sondern bei jeder Mehrheit von Gegenständen, die als ein Ganzes verkauft werden.

Bezüglich der sogenannten universitates heben die Quellen dies besonders hervor in l. 14 § 1, l. 15 D. 18,4: „si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet: quanta autem hereditas est, nihil interest, nisi de substantia eius adfirmaverit." Natürlich müssen stets so viele Stücke vorhanden sein, dass man überhaupt von einer universitas sprechen kann. Hat also jemand eine Bibliothek verkauft, so haftet er dafür, dass wenigstens so viele Bücher dazu gehören, dass nach der Ansicht des Verkehrs von einer Bibliothek die Rede sein kann. Man vgl. l. 18 § 2 D. 21,1.[4])

---

[1]) Vgl. Hoffmann in „Hoffmann und Fuhr, Civilistische Versuche", 1. Heft, S 108.

[2]) In zwei Fällen wäre ein solches Geschäft anfechtbar:
a) Im Falle eines Betruges seitens des Verkäufers.
b) Im Falle einer Verletzung über die Hälfte (laesio enormis).
Der zweite Fall ist dem B.G.B. unbekannt; dagegen ist es nach § 119 B.G.B. unter Umständen möglich, ein solches Geschäft wegen Irrtums anzufechten; dann hätte der Käufer dem Verkäufer aber das negative Vertragsinteresse zu leisten (§ 122 eod.).

[3]) Ebenso braucht natürlich umgekehrt der Käufer nichts herauszugeben, wenn die Quantität grösser war, als der Verkäufer erwartet hatte.

[4]) „Aeque si quis simpliciter dixerit peculiatam esse servum sufficit si is vel minimum habeat peculium."

War für die Ware ein Gesamtpreis vereinbart, war also der Kauf in Bausch und Bogen geschlossen, so hat der Käufer den vollen Preis zu zahlen, auch wenn die Quantität kleiner ist, als er erwartet hatte. Aber auch, wenn kein Bauschkauf vorliegt, kann der Käufer vom Geschäft nicht deshalb zurücktreten, weil die Quantität hinter seinen Erwartungen zurückgeblieben ist. Natürlich hat er, wenn z. B. ein Durchschnittspreis verabredet war, diesen nur so oftmal zu zahlen, als Einheiten in dem verkauften Quantum wirklich vorhanden sind.

§ 13. II. Es ist beim Kaufabschluss eine bestimmte Quantität angegeben worden.[1] [2]

a) Wir haben hier zwei Hauptansichten zu scheiden:

1. Die einen Rechtslehrer unterscheiden, ob der Verkäufer eine bestimmte Quantität ausdrücklich „zugesichert" habe, in der Absicht, sich dafür rechtlich verbinden zu wollen; oder ob er ohne diese Absicht die Quantität nur als eine ungefähr vorhandene angegeben hat. Im ersten Falle, sagen sie, ist die Angabe der Quantität „restrictive" oder „modificative" geschehen, im zweiten Falle „demonstrative". Im ersten Falle hafte der Verkäufer dafür, dass die zugesicherte Quantität auch wirklich vorhanden sei; im zweiten

---

[1]) Trotz Angabe einer Quantität kann sehr wohl ein Bauschkauf vorliegen; sehr häufig wird hier allerdings die Quantität nur als eine ungefähre oder als ein Mindestmass angegeben sein; es kann aber ein Aversionalkauf auch vorliegen, obwohl die Quantität, als eine ganz genau bestimmte, fest zugesichert ist; denn auch hier kann der Preis als ein Gesamtpreis, ohne Berücksichtigung des Wertes der einzelnen, qualitativ vielleicht verschiedenen Bestandteile, verabredet sein. A. A. ist Struben a. a. O. II, S. 181; er sagt: „Es sei zu vermuten, dass deswegen im Kontrakt eine Morgenzahl ausgedrückt sei, weil man selbige zum Grunde der Handlung gelegt, und z. B. einen Preis von 100 Rthlrn. bestimmt hat, weil die Kontrahenten voraussetzen, dass die im Kontrakt benannten 50 Morgen sich fänden, und einen jeden desselben mit 2 Rthlrn. bezahlt wissen wollten. Hätte man über Bausch und Bogen gehandelt, so wäre es ganz überflüssig gewesen, die Zahl der Aecker zu benennen." — Gegen diese Ausführungen hat sich mit Recht v. Quistorp a. a. O. 2 Th. S. 77 ff. erklärt.

[2]) Ueber den Fall, wo die Quantität nur als eine ungefähre angegeben ist, vgl. Seuffert, Archiv XXIV, 114; XXV, 233.

Falle hatte er gar nicht für die Quantität; es sei genau so, als sei der Vertrag ohne jede Angabe der Quantität geschlossen worden.[1])

2. Die zweite und richtige Ansicht[2]) verwirft die obige Unterscheidung, da sie in den Quellen gar nicht begründet ist. Im Gegensatz zu obiger Einteilung heben die Quellen des öfteren hervor, dass die Haftung des Verkäufers auch eintrete, wenn eine blosse Zusage (dictum) der Quantität erfolgt ist, nicht ein ausdrückliches Versprechen (promissum). So l. 2 pr. D. 19,1; l. 38 pr.; l. 42 D. eod. l. 69 § 6 D. 21,2. Ueberall handelt es sich nur um ein „dicere" oder „pronuntiare",[3]) also um ein blosses „Sagen", nicht um ein ausdrückliches „promittere". Am deutlichsten spricht Paulus den Grundsatz aus in der zitierten l. 2 pr.: „si in emptione modus dictus est et non praestatur, ex empto est actio." Der Verkäufer haftet also nicht bloss aus einem promissum,

---

[1]) Vertreter dieser Ansicht sind Lauterbach a. a. O. XVIII, 1 §§ 31, 32; Malblanc a. a. O. § 538; Höpfner a. a. O. § 869, welcher unterscheidet, „si numerus quantitatum restrictive seu demonstrative iudicatur". Uebrigens vorstehen die angeführten Schriftsteller nicht genau dasselbe unter „restriktiver" und „demonstrativer" Angabe der Quantität; vgl. darüber Tafel a. a. O. S. 212. —

Ludovici a. a. O. dist. 4 unterscheidet drei Arten der Angabe der Quantität: Die Menge ist „modificative", „restrictive" oder „demonstrative" bestimmt; die erste und dritte Art entspricht den beiden oben im Text genannten Unterscheidungen; die zweite aber bezieht sich in Wirklichkeit gar nicht auf den Aversionalkauf, sondern auf den Genuskauf. —

Eine vierfache Unterscheidung finden wir bei Westphal, a. a. O. § 163. Der Kauf wird abgeschlossen: a) restrictive, b) per aversionem, c) modificative, d) demonstrative. Der erste Fall scheidet für uns aus; denn es handelt sich bei ihm gar nicht um die emptio per aversionem, sondern um die emptio ad mensuram. Der dritte und vierte Fall sind nur Unterarten des zweiten; sie entsprechen den oben genannten Unterscheidungen.

[2]) Vgl. Pufendorf a. a. O. Bd. I, obs. 132 §§ 3,4; Glück a. a. O. XVI. S. 85 ff.; Gruchot a. a. O. S. 496.

[3]) Man muss natürlich unterscheiden, ob eine ernste Angabe der Quantität gemeint ist, oder ob es sich um leere, marktschreierische Anpreisungen handelt, die im Verkehr als blosse „Reklame" gelten. Liegt lediglich eine solche Anpreisung vor, so haftet der Verkäufer nicht (ausser im Falle des Betruges oder der Verletzung über die Hälfte); denn es gelten die allgemeinen Grundsätze der l. 43 pr. D. 18,1 und l. 37 D. 4,3. —

sondern aus jedem dictum: es gelten demgemäss hier ganz ähnliche Bestimmungen, wie sie das ädilizische Edikt hinsichtlich der Haftung für die Beschaffenheit der Ware festgesetzt hat. In diesem Sinne hat sich auch die Praxis ausgesprochen;[1]) so z. B. ein Erkenntnis des Ober-Appellationsgerichts Lübeck vom 24. XII. 1840, wo es heisst: „Sofern bei dem Handel von dem Verkäufer eine gewisse (nachher nicht vorgefundene) Quantität angegeben worden ist, kann der Käufer eine Reduktion des Kaufpreises verlangen nicht bloss dann, wenn der Verkäufer jene Quantität besonders garantiert, sondern auch, wenn er dieselbe nur einfach angegeben hat."

In den oben angeführten Quellenstellen ist die Haftung des Verkäufers schlechthin für die Zusage einer Quantität festgestellt; nirgends ist davon die Rede, dass der Verkäufer nur dann haften solle, wenn er die Quantität mala fide angegeben hat. Und doch behaupten einige, dass der Veräusserer nur dann hafte, wenn er die Angabe wider besseres Wissen gemacht hat; dagegen soll er befreit sein, wenn er bei der Zusage in gutem Glauben war. Diesem Grundsatz schliesst sich auch ein Erkenntnis an, das bei Tafel a. a. O. Bd. I, Heft 2, S. 212 ff. abgedruckt ist. Dort wird es als „herrschende Meinung der Rechtsgelehrten" bezeichnet, „dass bei einem per aversum geschehenen Verkauf ausser dem Fall besonderer Verabredung der Verkäufer, welchem kein dolus zum Vorwurf zu machen ist, für das Mass auch dann nicht zu haften habe, wenn solches nicht bestimmt, sondern nur als ein ungefähres angegeben ist." Ob dies noch heute als „herrschende Meinung" zu betrachten ist, kann bezweifelt werden; dagegen haben sich mit Recht erklärt Glück a. a. O. XVI S. 87, Gruchot a. a. O. S. 498 und Schneider a. a. O. S. 1010 ff. Eine Quellenstelle, auf welche sich diese Ansicht stützt, ist in der Entscheidung nicht angegeben; es kann nur l. 13 § 14 D. 19,1 in Frage kommen. M. E. kann man jedoch aus dieser Stelle nicht den allgemeinen Grundsatz herleiten, dass der Verkäufer für die angegebene

[1]) Vgl. Seuffert, Archiv, X, Nr. 147; besonders Seuffert, Blätter f. Rechtsanw., 4. Ergänzungsband S. 149; anders Seuffert, Archiv, Band II, Nr. 156.

Quantität nur im Falle des Dolus hafte. Der Fall, von welchem diese Stelle handelt, ist ein ganz besonderer: Die Quantität, welche der Verkäufer angegeben hatte, war zur Zeit des Kaufabschlusses nicht vorhanden. Trotzdem trifft den Käufer kein Nachteil; denn durch Zufall wird die fehlende Quantität dem Kaufgegenstande hinzugefügt, „alluvione decem iugera adrescuntur". Nur für diesen, gewiss äusserst selten vorkommenden Fall trifft die Stelle eine besondere Vorschrift: hier soll geschieden werden, ob der Verkäufer bei der Angabe der Quantität in dolo war oder nicht. — Die actio ex empto wird in der Regel dem Käufer doch nur gegeben, um einen Schaden wieder gut zu machen; in unserem Falle aber trifft ihn trotz der falschen Zusage des Verkäufers gar kein Nachteil. Wem soll nun der Zufall, der den Schaden ausgeglichen hat, zu gute kommen? Soll der Käufer klagen können, obwohl er doch gar keinen Schaden hat? Soll der Zufall den Verkäufer befreien, auch wenn er dolos gehandelt hat? Ulpianus giebt die Entscheidung: War der Verkäufer in gutem Glauben bei der Angabe der Quantität, dann soll der Zufall ihm zu Gute kommen; der Käufer bedarf ja nicht des Schutzes, da er gar keinen Schaden hat. War der Verkäufer aber in bösem Glauben, hat er die Quantität wider besseres Wissen zugesagt, dann soll ihm der Zufall nichts nützen: dolus non purgatur; dem Käufer wird die actio empti wegen des Dolus des Verkäufers gegeben.

Kann man aus der erörterten Stelle ein so weitgehendes Prinzip ableiten, dass der Verkäufer bei Angabe der Quantität nur im Falle des Dolus hafte? — Keineswegs! Um diesen Grundsatz aufzustellen, hätte Ulpian nicht ein so kompliziertes Beispiel angeführt; er wollte vielmehr die Entscheidung nur für den konkreten Fall geben. Den Satz aber, dass der Verkäufer auch für die dicta hinsichtlich der Quantität unbedingt hafte, wie ihn die oben angeführten l. 2 pr. D. 19,1; l. 38 pr. 42 D. eod.; l. 69 § 6 D. 21,2 aufstellen, wollte er nicht bekämpfen.

Die soeben besprochene Regel gilt nicht als eine Besonderheit für den Kauf in Bausch und Bogen, wenn sie auch bei dieser Art des Kaufes am häufigsten praktisch werden wird. Es gilt vielmehr auch bei Vereinbarung von

Einzelpreisen der Grundsatz, dass der Verkäufer für die Zusagen haftet, die er hinsichtlich der Quantität der Ware abgegeben hat.[1])

b) Was hat nun der Verkäufer zu leisten, wenn die von ihm angegebene Quantität thatsächlich nicht vorhanden ist?

a,) Treitschke a. a. O. § 31 sagt: „Ist der Preis nicht nach Einheiten bestimmt, sondern in Bausch und Bogen verabredet, so ist der Handel nichtig, wenn die Quantität ausdrücklich angegeben worden ist, und der Verletzte, also der Käufer, der die Menge der Waren für grösser, oder der Verkäufer, der sie für geringer hielt, seinen Irrtum nicht leicht vermeiden konnte.“ — Diese Ansicht scheint mir irrig zu sein; das gemeine Recht verlangt zweierlei, damit ein Geschäft wegen Irrtums nichtig sei: 1. die Entschuldbarkeit. Diese fordert T. auch, indem er die Nichtigkeit wegen eines leicht vermeidlichen Irrtums ausschliesst. 2. Der Irrtum muss ein wesentlicher sein. Mit Recht weist Gruchot a. a. O. S. 498 darauf hin, dass der blosse Irrtum über die Quantität diesem Erfordernisse nicht genüge, und dass daher das Geschäft nicht ipso iure nichtig sei; denn es liege weder ein error in corpore noch ein error in substantia vor. — Allerdings kann nach der heutigen gemeinrechtlichen Lehre auch ein Irrtum über solche Eigenschaften der Ware, die nicht mit der Substanz zusammenhängen, ein wesentlicher sein; nämlich dann, „wenn vermöge der irrig vorausgesetzten Eigenschaft nach den im Verkehr herrschenden Begriffen die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müsste, als wozu sie wirklich gehört.“[2]) Ein solcher wesentlicher Irrtum liegt aber in der Regel[3]) bei blossem Irrtum über die Quantität der Ware nicht vor. Mithin ist die Ansicht Treitschkes, dass das Geschäft in dem fraglichen Falle nichtig sei, zu verwerfen. So auch Voet, a. a. O. XVIII, 1, Nr. 7: „Si in quantitate erratum fuerit, valet quidem venditio, nec ullo in casu ipso iure nulla est.“[4])

[1]) Z. B. A. hat dem B. ein Fass Wein verkauft mit der Zusage, es enthalte 10 Liter; Preisabrede: pro Liter 1 Mark.

[2]) So Dernburg a. a. O. I S. 241.

[3]) Doch sind Ausnahmen sehr wohl denkbar, insbesondere, wenn der Irrtum über die Quantität zugleich einen Irrtum über die Qualität in sich schliesst.

[4]) Dem widerspricht auch nicht die von Treitschke (a. a. O. § 31

b_1) Welche Klage steht nun dem Käufer zu, wenn die wirklich vorhandene Quantität hinter der angegebenen zurückbleibt, und worauf geht dieselbe?

Die Quellen sagen uns, dass der Käufer die actio ex empto hat, mag der Verkäufer bei der Angabe der Quantität in dolo gewesen sein oder nicht; so l. 2 pr. D. 19,1 und l. 6 pr. D eod. — Hoffmann a. a. O.[1]) giebt dem Käufer einen Anspruch auf Nachlieferung des fehlenden Masses. Dass diese Meinung, soweit es sich um einen Bauschkauf handelt, unhaltbar ist, hat Richelmann,[2]) ohne auf die juristische Konstruktion weiter einzugehen, bewiesen, indem er fragt, „worauf denn eigentlich geklagt werden solle, da die ganze Sache bereits gegeben sei.“ — Hoffmann verkennt, dass es sich beim Aversionalkauf immer um den Kauf eines bestimmten corpus, einer fest abgegrenzten Masse handelt, nicht etwa um bloss generisch bestimmte Gegenstände. Ist das ganze corpus einmal überliefert, so ist eine weitere Leistung des Verkäufers unmöglich, ja gar nicht geschuldet; denn nur die individuell bestimmte Menge ist beim Bauschkauf in obligatione, nicht etwa das ganze Genus. Man muss unterscheiden, ob A. dem B. das gesamte im Speicher befindliche Getreide verkauft mit der Zusage, es werden 100 Centner sein; oder ob er 100 Centner Getreide verkauft, die er aus dem im Speicher befindlichen nehmen will. Im ersten Falle ist nur das im Speicher befindliche Getreide geschuldet; im zweiten Falle ist das ganze Genus in obligatione: Befinden sich nur 75 Centner im Speicher, so sind 25 Centner aus dem Genus nachzuliefern.[3]) Der

---

Anm. a) angeführte Entscheidung; denn in dieser handelt es sich bei der Nichtigkeit gar nicht um den vorliegenden Irrtum; vielmehr ist dort ein Geschäft noch gar nicht zu stande gekommen, da es infolge des Missverständnisses an dem zum Vertrage erforderlichen Konsens über den Preis fehlt. —

[1]) Heft I S. 108; ebenso Gareis in Endemanns Handb. II S. 610.

[2]) A. a. O. S. 143, Anm 248; ebenso Gruchot a. a. O. S. 499 und Seuffert, Archiv III Nr. 157.

[3]) Man kann auch nicht sagen: ‚Allerdings sei nicht mehr geschuldet, als der vorhandene Vorrat; aber nur deshalb, weil die auf das Mehr gerichtete Obligation als eine auf eine unmögliche Leistung gehende von vornherein nichtig gewesen sei; in solchen Fällen aber sei der Verkäufer dem Käufer nach der herrschenden Lehre zum Er-

Käufer kann also nicht auf Nachlieferung klagen, aus dem einfachen Grunde, weil alles, was geschuldet war, auch geliefert ist, weil das ganze corpus, das in obligatione war, sich ja thatsächlich bereits in den Händen des Käufers befindet, somit eine Nachlieferung nicht nur unmöglich, sondern auch gar nicht geschuldet ist.

Die Quellen geben uns Antwort auf die Frage, worauf die Klage des Käufers geht: l. 4 § 1 D. 19,1 und l. 69 § 6 D. 21,2 besagen, dass der Käufer einen Anspruch auf entsprechende Minderung des Kaufpreises hat.

Diese Klage hat der Käufer nur, wenn er in Bausch und Bogen geschlossen ist; liegt dagegen eine emptio ad quantitatem vor, so schuldet der Käufer den versprochenen Durchschnittspreis natürlich nur so oft Mal, als Einheiten wirklich vorhanden sind; es kann daher von einer Minderungsklage gar keine Rede sein. Hat der Käufer den Durchschnittspreis bereits so oft Mal geleistet, als Einheiten zugesagt waren, so hat er die condictio indebiti auf Rückgewährung des zu viel Bezahlten.

Dieser Anspruch auf Minderung des Preises wird dem Käufer häufig nicht genügen; es sind Fälle denkbar, in denen er durch die falsche Angabe des Verkäufers einen höheren Schaden hat

M. E. hat der Käufer beim Bauschkauf, falls die zugesagte Quantität nicht vorhanden ist, die ädilicischen Klagen. Im allgemeinen wird dem Käufer allerdings bei Nichterfüllung einer Quantitätszusage nur die Klage auf Minderung des Kaufpreises zustehen; die actio redhibitoria wird ihm nur dann gegeben werden, wenn der Quantitätsmangel zugleich einen Qualitätsmangel in sich schliesst: z. B. A. hat dem B. Bretter verkauft und dabei die Zusicherung gegeben, dass dieselben je 3 cm dick sind; thatsächlich beträgt aber die Dicke der Bretter nur 2 cm.

Beim Bauschkauf ist jedoch m. E. die Zusage einer bestimmten Menge stets identisch mit der Zusage einer

satz verbunden.' — Es handelt sich in Wahrheit gar nicht um eine unmögliche Leistung in diesem Sinne, denn der Wille der Kontrahenten war von vornherein gar nicht auf ein Mehr gerichtet: Der Verkäufer wollte nur das Aversionalquantum leisten, nicht ein Stück mehr oder weniger; der Käufer wollte kein Stück mehr erwerben.

Eigenschaft; zur Begründung dieser Behauptung diene folgendes: Nach der von mir im § 9 gegebenen Begriffsbestimmung wird beim Kauf in Bausch und Bogen stets eine Mehrheit von Sachen „als ein Ganzes“ verkauft. A. hat 100 Liter Wein per aversionem gekauft; diese 100 Liter Wein bilden als Ware ein Ganzes, mögen sie sich in einem oder in mehreren Fässern befinden. Nehmen wir an, der Wein befindet sich in einem Fass, so ist es für dieses Fass zweifellos eine „Eigenschaft“, ob es 100 oder nur 90 Liter enthält; ebenso ist es, falls der Wein in mehrere Fässer gefüllt ist, als eine „Eigenschaft“ der Ware anzusehen, ob die mehreren Fässer, die ja als Ware des Bauschkaufes als ein Ganzes zu betrachten sind, 100 Liter oder weniger enthalten.

Es sei noch folgendes Beispiel zur Begründung angeführt: A. hat dem B. einen massiven Holzklotz verkauft und die Zusage gegeben, dass derselbe 50 Centner wiege; das Gewicht ist zweifellos eine „Eigenschaft“ des Holzklotzes. Hat nun statt dessen A. dem B. Holzkeite im Gesamtgewicht von 50 Centnern verkauft, so bilden diese verschiedenen Holzkeite zwar nicht ein körperliches Ganze, wohl aber, falls ein Bauschkauf vorliegt, ein gedachtes Ganze. Ebenso aber, wie es in dem obigen Falle eine Eigenschaft des Holzklotzes ist, ob er 50 oder nur 40 Centner wiegt, ebenso ist es für die zwar aus mehreren Teilen bestehende, juristisch aber ein Ganzes bildende Ware eine „Eigenschaft“, ob sie 50 oder nur 40 Centner enthält.

Da nun, wie zu beweisen versucht worden ist, beim Aversionalkaufe die Zusage einer Quantität stets die Zusage einer Qualität in sich begreift, so hat der Käufer bei Nichterfüllung der Quantitätszusagen seitens des Verkäufers stets die ädilizischen Klagen.[1])

[1]) Will man sich der obigen Argumentation nicht anschliessen, so kommt man zu einem befriedigenden Resultat auch auf folgendem Wege: Es entspricht der beim Kauf geltenden bona fides, dass der Käufer den Zusagen des Verkäufers Glauben schenken darf; er darf den Schaden nicht zu tragen haben, der durch die falsche Angabe des Verkäufers entsteht. Den Verkäufer dagegen, der eine Zusage macht, die sich nicht bewahrheitet, trifft meistens ein Verschulden; auf Grund dieses Verschuldens wird der Käufer auch mit der actio empti auf Schadensersatz klagen können; (s. auch Gareis in Ende-

Liegt hier irgend eine besondere Regel für den Bauschkauf vor? — Nein! Es gilt nur der allgemeine Satz, dass dem Käufer die ädilizischen Klagen zustehen, falls die zugesagten Eigenschaften nicht vorhanden sind; ein besonderer Satz, dass beim Kauf in Bausch und Bogen der Käufer die ädilizischen Klagen auch dann hat, wenn die zugesagte Quantität nicht vorhanden ist, besteht nicht. Es folgt nur aus dem Begriff des Bauschkaufes, dass bei einem solchen die Ware stets ein Ganzes bildet, und daher ein Mangel an der Quantität zugleich einen Mangel an der Qualität enthält. Sind diese Voraussetzungen aber vorhanden, so hat der Käufer die ädilizischen Klagen, mag der Kauf in Bausch und Bogen abgeschlossen sein oder nicht.

Wie ist es nun, wenn die wirklich vorhandene Quantität grösser ist, als die vom Verkäufer angegebene? Der Käufer ist hier nicht verpflichtet, mehr zu zahlen, als den verabredeten Preis; denn beim Kauf in Bausch und Bogen ist stets das ganze corpus geschuldet; die Zufügung der Quantität geschieht im Zweifel nur im Interesse des Käufers, um ihm ein Mindestmass zu sichern.[1]) — Ging bei der Angabe der Quantität die Absicht der Kontrahenten dahin, die Verpflichtung des Verkäufers auf das zugesagte Mass zu beschränken, so liegt gar kein Bauschkauf vor; denn bei einem solchen ist stets das ganze corpus in obligatione, und es darf ein Messen zur Bestimmung des Kaufgegenstandes nicht mehr erforderlich sein. Ebenso läge kein Aversionalkauf vor, wenn die Absicht der Kontrahenten dahin ginge, dass

manns Handbuch II S. 610); er wird Ersatz des Schadens beanspruchen können, den er dadurch erlitten hat, dass er auf die Wahrheit der Zusage des Verkäufers gebaut hat, dass er im Vertrauen darauf den Kauf überhaupt abgeschlossen hat. Der Verkäufer hat ihm also das sogen. negative Vertragsinteresse zu ersetzen; dieses kann unter Umständen auch auf Auflösung des ganzen Vertrages gehen. — Ob ein Gesamtpreis vereinbart war oder nicht, ist auch bei dieser Argumentation ohne Einfluss.

[1]) Vgl. die bei Hufnagel a. a. O Nr. 65 abgedruckte Entscheidung; ebenso auch Puchta a. a. O. II S. 220. — A. A. ist Struben a. a. O. II S. 181; er leugnet das Vorliegen eines Aversionalkaufes, sobald eine Quantität angegeben ist: demgemäss giebt er auch dem Verkäufer das Recht, verhältnismässige Erhöhung des Kaufpreises zu verlangen, falls die wirklich vorhandene Quantität die angegebene übersteigt

der Kaufpreis verhältnismässig erhöht werden solle, falls sich eine grössere Quantität findet, als angegeben ist. Denn es verträgt sich nicht mit dem Begriffe der emptio per aversionem, dass zur Ermittlung des Preises noch ein Wiegen, Messen oder Zählen erforderlich ist; in diesem Falle läge vielmehr eine emptio ad mensuram vor.

Der Fall ist denkbar, dass beim Kauf in Bausch und Bogen bei mehreren Sachen eine gewisse Quantität angegeben worden ist. Ist hier bei dem einen Gegenstand die thatsächlich vorhandene Quantität grösser, als angegeben war, bei dem anderen kleiner, so tritt, falls der Verkäufer bei der Angabe gutgläubig war, und ein entgegengesetzter Wille der Kontrahenten nicht ersichtlich ist, verhältnismässige Kompensation ein;[1]) doch ist die Güte jedes einzelnen Gegenstandes zu berücksichtigen. Vgl. l. 42 D. 19,1.

Diese Kompensation tritt nur ein, wenn der Kauf über die mehreren Sachen in Bausch und Bogen geschlossen ist, nicht bei Verabredung von Einzelpreisen.

C. Haftung des Verkäufers für die Qualität der Ware beim Kauf in Bausch und Bogen.

§ 14. I. Haftung des Verkäufers für Zusagen und Mängel.

Nach dem ius civile hat der Käufer die actio empti gegen den Verkäufer, welcher Mängel der Sache schuldhafter Weise verschwiegen oder gewisse Eigenschaften der Kaufsache ausdrücklich versprochen hat (promissum). Viel weiter geht das Recht aus dem ädilizischen Edikt: Der Käufer hat die Wahl zwischen der actio redhibitoria (Wandelungsklage) und der actio quanti minoris (Minderungsklage), falls der Ware ein heimlicher Mangel anhaftet,[2]) oder falls der Verkäufer eine gewisse Eigenschaft zugesagt hat.[3]) —

[1]) Es wird nämlich dem Verkäufer die exceptio doli gegeben, wenn der Käufer wegen der mangelnden Quantität der einen Sache klagt. —

[2]) Es ist nicht erforderlich, dass der Mangel dem Verkäufer beim Kaufabschluss bekannt war.

[3]) Es bedarf keines ausdrücklichen promissum, sondern es genügt jedes dictum.

Wie steht es mit dieser Haftung beim Kauf in Bausch und Bogen?

1. Haftung für verborgene Mängel.

Bei jedem Kaufvertrage kann die Haftung des Verkäufers durch ein pactum de non praestandis vitiis ausgeschlossen werden; ebenso können die Kontrahenten vereinbaren, dass die Haftung eine strengere oder geringere sein solle. Es bedarf jedoch gar nicht eines pactum, sondern es genügt, dass der Wille der Kontrahenten auf Ausschluss oder Beschränkung der Haftung gerichtet war.

Eine solche Absicht der Parteien ist beim Bauschkaufe sehr häufig vorhanden. Der Gesamtpreis, der bei dieser Art des Kaufes verabredet wird, ist in der Regel geringer, als er sich aus der Summierung der entsprechenden Einzelpreise ergeben würde; dafür ist aber andererseits häufig zu vermuten, dass nach der Absicht der Kontrahenten die Haftung des Verkäufers für die Qualität der Einzelsachen ausgeschlossen oder beschränkt sein soll.[1]) Natürlich darf das Ganze als solches durch den Mangel der einzelnen Sachen nicht in Frage gestellt sein; ferner haftet der Verkäufer auch bei Aversionalkäufen stets für Dolus. Die Haftung des Verkäufers ist aber nicht etwa stets beim Aversionalkauf beschränkt: Wenn man in einem feinen Geschäft ein Dutzend Hüte für einen Gesamtpreis kauft, aber keineswegs als sogen. Ramschkauf, dann wird der Verkäufer für den Mangel jedes einzelnen Stückes haften.

Es kommt eben stets auf den Willen der Kontrahenten an, welcher mit Rücksicht auf Treu und Glauben sowie auf die Anschauung des Verkehrs zu ermitteln ist.

Bestritten ist die Haftung des Verkäufers für Mängel einzelner Stücke einer universitas. Die einen[2]) scheiden zwischen der universitas iuris und facti; die anderen — so die jetzt herrschende Lehre — behandeln beide Arten gleich. Es kommt vor allem l. 33 pr. D. 21,1 in Betracht; die Stelle beschränkt die Haftung des Verkäufers für Mängel einzelner Sachen auf diejenigen Stücke, die als zur uni-

[1]) Vgl. Gareis in Endemanns Handb. II S. 610; auch Hanausek a. a. O. S. 181.

[2]) So fast alle Aelteren; von den Neueren Göppert a. a. O. S. 68.

versitas gehörend bezeichnet worden waren.[1]) Ich trage kein Bedenken, mich der herrschenden Lehre anzuschliessen; es sprechen innere wie äussere Gründe für die gleiche Behandlung der Sachgesamtheiten und der Sondervermögen. Hinsichtlich der inneren Gründe kann ich auf das verweisen, was oben auf S. 35 ff. hinsichtlich der Haftung für Eviktion gesagt ist. Als äusserer Grund aber kommt sehr in Betracht, dass in der angeführten l. 33 pr. D. i. f. noch als Beispiel das instrumentum fundi gebracht wird. Wenn das Inventar eines Grundstückes verkauft ist, sollen dieselben Regeln gelten, wie beim Verkauf einer hereditas oder eines peculium; auch bei der Sachgesamtheit soll also die Haftung des Verkäufers für Mängel einzelner Sachen beschränkt sein.[2]) Doch ist auch beim Verkauf einer universitas wieder darauf hinzuweisen, dass der Wille der Kontrahenten stets massgebend ist. Wenn daher jemand in einem Möbelgeschäft eine Zimmereinrichtung für einen Gesamtpreis kauft, so wird im Zweifel der Verkäufer für die Fehlerlosigkeit jedes einzelnen Stückes haften; denn der Wille der Kontrahenten war darauf gerichtet, eine Einrichtung zu kaufen bezw. zu verkaufen, die aus fehlerlosen, neuen Stücken besteht. Man kann ein dahingehendes, stillschweigend abgeschlossenes pactum unterstellen.

2 Was die Haftung des Verkäufers für Zusagen betrifft, so ist hier etwas Besonderes für den Bauschkauf nicht zu bemerken. Jedes dictum verbindet den Verkäufer, mag es sich auf den ganzen Kaufgegenstand oder auf die einzelnen Bestandteile desselben beziehen.

II. Die Klagen des Käufers wegen der Mängel der Ware und wegen nicht erfüllter Zusagen.

1. Die actio redhebitoria.

§ 15. a) Der Mangel oder die Zusage bezieht sich auf die ganze Ware.

Ist der ganze Kaufgegenstand als solcher mit einem Mangel behaftet, oder ist eine Zusage, die sich auf das

[1]) Vgl. auch l. 27 D. 19,1.

[2]) Ebenso Westphal a. a. O. S. 333; Sintenis a. a. O. S. 621;

Ganze bezieht, nicht erfüllt, so ist es belanglos, ob ein Gesamtpreis oder ob Einzelpreise verabredet sind. In beiden Fällen, mag ein Bauschkauf vorliegen oder nicht, kann der Käufer Totalredhibition verlangen. Z. B. der ganze Wein ist sauer; das ganze Getreide ist dumpfig; der Verkäufer einer Wohnungseinrichtung hatte zugesagt, dass das Holz trocken ist, und sämtliche Möbel leiden an Feuchtigkeit des Holzes.

b) Von den mehreren Sachen, die für einen Gesamtpreis verkauft sind, sind nur einzelne mangelhaft bezw. der Zusage nicht entsprechend.

§ 16. a_1) Die mehreren Sachen stehen in einem inneren Zusammenhange.[1])

Die herrschende Lehre stellt den Grundsatz auf, es sei ohne Belang, ob ein Gesamtpreis oder ob Einzelpreise vereinbart seien; denn in beiden Fällen bestehe Recht und Pflicht zur Gesamtwandlung, da es sich um Sachen handle, „quae separari non possunt," da es offenbar sei, „non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse." Zum Beweise für diese Ansicht werden angeführt l. 34 pr § 1, l. 35, l. 38 § 14, l. 39, l. 40 D. 21,1.

Mit Recht bekämpft Hanausek (a. a. O. S. 184) die herrschende Rede, indem er sagt, Totalredhibition trete nur ein „infolge einer von den Parteien gewollten Zusammengehörigkeit der simul verkauften Sachen". Allerdings spricht eine äusserst starke Vermutung dafür, dass Sachen, welche nach der Anschauung des Verkehrs in einem inneren Zusammenhange stehen, beim Verkauf auch von den Kontra-

Seuffert, Pand. II S. 84; Hanausek a. a. O. S. 180; vor allem Unterholzner i. Arch. f. civ. Prax. VI, S. 87.

[1]) Den Fall, in dem die mehreren zusammenverkauften Sachen in dem Verhältnis von Haupt- und Nebensache zu einander stehen, übergehe ich; denn die Art der Preisbestimmung ist hier ohne Einfluss. Es kann in der Regel wegen eines Mangels der Hauptsache auch die Nebensache zurückgegeben werden; nicht aber auch umgekehrt wegen eines Mangels der Nebensache die Hauptsache. Doch herrscht hierüber Streit. Vgl. Holzschuher a. a. O. III S. 316; Hanausek a. a. O. S. 182; Westphal a a O. § 489; Gesterding in Lindes Zeitschrift VI S. 49; Pothier a. a O. S. 134. Vgl. aber auch Neustetel a. a. O. I S. 205.

henten als zusammengehörig betrachtet wurden, zumal wenn ein Gesamtpreis verabredet ist. Aber das ist keine praesumptio iuris et de iure. Die Vermutung kann durch den Beweis entkräftet werden, dass die Kontrahenten im konkreten Falle auf die Zusammengehörigkeit der Sachen keinerlei Gewicht gelegt haben; durch den Nachweis, dass Käufer wie Verkäufer die Sachen unter entsprechenden Bedingungen auch einzeln gekauft bezw. verkauft hätten; denn dann handelt es sich um Sachen, die ohne Nachteil für die Kontrahenten voneinander getrennt werden können.

Nur aus dieser Anschauung heraus ist die l. 34 pr. D 21,1 zu erklären: Dort sind „plures res eiusdem generis veluti chorus vel comoedi" verkauft. Es handelt sich, wie die Worte „eiusdem generis" und die angeführten Beispiele beweisen, um Sachen, die nach der Verkehrsanschauung in einem inneren Zusammenhange stehen. Nach der herrschenden Lehre wäre es hier belanglos, ob ein Gesamtpreis für die mehreren Sachen festgesetzt ist oder nicht. In beiden Fällen bestände Recht und Pflicht zur Gesamtwandlung.

Und doch heisst es in der zitierten Stelle: „referre in universos an in singulos pretium constituatur"; es sei von Bedeutung, ob ein Gesamtpreis oder ob Einzelpreise verabredet seien. Nach unserer Auffassung ist dies allerdings von Bedeutung; denn im ersten Falle wird die bereits bestehende Vermutung für die Zusammengehörigkeit der Sachen noch ungeheuer verstärkt, sodass man sie als fast unwiderleglich bezeichnen kann; im zweiten Falle aber wird die Vermutung ausserordentlich abgeschwächt. - Auch der § 1 dieser Stelle scheint mir sehr für unsere Auffassung zu sprechen. Hier sagt Africanus, bei Sachen, bei denen es ersichtlich ist, „non nisi omnes vel empturum vel venditurum fuisse", bestehe stets Recht und Pflicht zur Totalredhibition; „ut ‚plerumque' circa comoedos vel quadrigas vel mulas pares accidere solet". Eine Schauspielerbande, ein Viergespann, ein Paar Maultiere sind Sachen, die nach der Anschauung des Verkehrs stets ein Ganzes bilden; und doch sagt der Jurist „plerumque"; der Grund ist der, dass die Kontrahenten auch solche Sachen im konkreten Falle als Einzelsachen behandeln können, wenn dieselben auch ‚meistens' als zusammengehörig betrachtet werden. Es kommt

also nicht auf die Anschauung des Verkehrs, sondern auf die Meinung der Kontrahenten an.

Dagegen sprechen auch durchaus nicht l. 38 pr. u. § 14 D. eod.; denn die Worte „iumenta paria venerunt" können sehr wohl heissen: Die Tiere sind als ein Paar verkauft worden, d. h sie sind von den Kontrahenten bei dem Kaufe als zusammengehörig betrachtet worden. Aber auch, wenn man übersetzt, „es ist ein Zweigespann verkauft worden," so wird unsere Ansicht damit noch nicht widerlegt; denn ein Zweigespann wird fast ausnahmslos von den Kontrahenten als zusammengehörig betrachtet; welcher Verkäufer wird zwei Pferde, die ein Paar bilden, einzeln verkaufen, da sie doch als Paar einen grösseren Wert haben? Als Grund der Gesamtwandlung wird aber auch in diesen Stellen angeführt, dass die Sachen ohne Nachteil nicht getrennt werden können! Dieser Grund liegt aber nur vor, wenn die Sachen im konkreten Falle nach der Ansicht der Kontrahenten zusammengehörten.

b_1) Die mehreren Sachen stehen in keinem inneren Zusammenhange.

Welchen Einfluss hat hier die Vereinbarung eines Gesamtpreises? — Die Frage ist im gemeinen Recht äussert bestritten; es stehen sich drei Ansichten gegenüber.

§ 17. $a_1 a_1$) Begründet die blosse unitas pretii Recht und Pflicht zur Totalredhibition?

Die Frage wird in bejahendem Sinne beantwortet von Glück[1]) a. a. O. XX S. 63, Unterholzner[2]) im Arch. f. civ.

---

[1]) Glück unterscheidet, ob die mehreren zusammen verkauften Sachen eine universitas bilden oder nicht; im ersteren Falle finde Totalredhibition statt, wenn die einzelnen Sachen um des Ganzen willen gekauft seien; auf die Art der Preisbestimmung komme es hier nicht an. Bilden dagegen die mehreren Sachen keine universitas, so begründe die blosse universitas pretii Recht und Pflicht zur Gesamtwandlung, auch wenn eine innere Zusammengehörigkeit gar nicht vorhanden ist. — Ob eine solche Unterscheidung innerlich gerechtfertigt ist, scheint mir mehr als zweifelhaft: Es besteht doch sogar eine viel grössere Vermutung für innere Zusammengehörigkeit, wenn die Sachen eine universitas bilden, als wenn dies nicht der Fall ist! Dennoch

Praz. VI S. 96, Gesterding in Lindes Ztschrft. VI S. 49.[1]) Sehen wir, wie diese Rechtslehrer ihre Meinung begründen:

I. Zum Beweise dafür, dass der Käufer bei blosser Einheit des Preises Recht und Pflicht zur Totalredhibition habe, führt Glück l. 64 § 1 D. 21,1 an; Unterholzner dieselbe Stelle und l. 34 pr. D. eod.[2]) Es ist daher an dieser Stelle die l. 34 pr. l. c. noch einmal einer Untersuchung zu unterziehen. M. E. kann man aus dieser Stelle nicht folgern, dass die Verabredung einer Pauschalsumme stets Recht und Pflicht zur Gesamtwandlung erzeugt. Die Stelle handelt ja nicht schlechthin von ganz beliebigen Sachen, sondern von plures res eiusdem generis, veluti chorus vel comoedi. Kann man wirklich annehmen, dass Africanus die Worte „eiusdem generis" hinzufügte, ohne eine besondere Bedeutung damit zu verbinden?[3]) Und wäre es, selbst wenn man dies thäte, nicht sehr wunderbar, dass die angeführten Beispiele — nämlich Sklaven, die einen Sängerchor oder eine Schauspielertruppe bilden, — doch gerade res „eiusdem generis" sind?

Nein, die angeführten Beispiele entsprechen durchaus den Worten „eiusdem generis", und diese Worte in Verbindung mit den Beispielen deuten mit Bestimmtheit darauf hin, dass Africanus Sachen im Auge hat, die in einem gewissen Zusammenhange miteinander stehen.[4])

---

soll im ersten Falle trotz des Einheitspreises Einzelwandlung möglich sein, im zweiten Falle nicht. Auch in den von Glück angeführten Quellenstellen — l. 34 pr. § 1, l. 35, l. 38 §§ 12, 14, l. 39, l. 40 einerseits und l. 64 § 1 D. andererseits — kann ich eine bezügliche Unterscheidung nicht finden.

[2]) Auch in seinem „Recht der Schuldverhältnisse" II S. 277.

[1]) Ebenso Coccejus, Jus controv. XXI,1, Qu. I; Wollf i. Buschs Arch. f. Handelsr. XV S. 340; vgl. auch Gareis, d. „Stellen z Disposition" S. 81, welcher in der Vereinbarung eines Gesamtpreises „regelmässig" den auf Zusammengehörigkeit der Sachen gerichteten Willensausdruck der Parteien sieht. Man vgl. aber auch Gareis in Endemanns Handb. II S. 610.

[2]) Diese Stelle bezieht sich nach Glücks Ansicht nur auf den Kauf einer universitas. Vgl. oben S. 56 Anm. 1.

[3]) So Glück und Unterholzner a. a. O.

[4]) So auch Holzschuher a. a. O. S. 321 ff.; Gruchot a. a. O. S. 510; Sintenis a. a. O. S. 616; Hanausek a. a. O. 186. Auch Gesterding giebt dies zu.

Fick a. a. O. S. 138 leugnet, dass die Worte „eiusdem generis“ eine solche Zusammengehörigkeit bezeichnen können; doch giebt er andererseits zu, dass in den beiden von Africanus gewählten Beispielen ein „schwacher Anhaltspunkt“ für den inneren Zusammenhang der fraglichen Sachen gefunden werden kann. „Dann müsste aber,“ fährt er fort, „auch ganz abgesehen von der unitas pretii wegen der inneren Zusammengehörigkeit Recht und Pflicht zu totaler Redhibition angenommen werden.“ Fick zieht daraus die Folgerung, dass Africanus, da er doch auf die Art der Preisfestsetzung Gewicht legt, nicht an zusammengehörige Sachen gedacht hat; er habe vielmehr besagen wollen, dass die unitas pretii auch Sachen, die in keinem inneren Zusammenhange stehen, zu einer Einheit verbinde. — Dieser Schluss ist aber irrig; denn auch beim Verkauf mehrerer Sachen, die nach der Anschauung des Verkehrs zusammen gehören, kann, wie oben S. 54 f. zu beweisen versucht ist, die Art der Preisfestsetzung von Belang sein, insofern die Verabredung eines Gesamtpreises dafür spricht, dass die Kontrahenten auch im konkreten Falle die Zusammengehörigkeit gewollt haben, während die Bestimmung von Einzelpreisen eher auf das Gegenteil hinweist. Daher ist die Art der Preisfestsetzung auch von Einfluss auf die Beantwortung der Frage, ob Gesamtwandlung oder Einzelwandlung stattzufinden habe. Der Einwand von Fick ist also nicht im stande, unsere Ueberzeugung zu entkräften, dass Africanus mit den res „eiusdem generis“ Sachen meine, die in innerem Zusammenhange stehen. Daher kann man diese Stelle durchaus nicht für die Behauptung ins Feld führen, dass die blosse Einheit des Preises Recht und Pflicht zur Totalredhibition erzeuge; denn in dieser Stelle kommt zu der unitas pretii noch die innere Zusammengehörigkeit hinzu. —

Die zweite Stelle, auf welche Glück und Unterholzner ihre Meinung gründen, ist l. 64 § 1 D 21,1.

Betrachtet man diese Stelle für sich allein, so könnte man allerdings zu der Ansicht kommen, dass die blosse unitas pretii Recht und Pflicht zur Gesamtwandlung erzeuge; denn ein blosses „promissum servos sanos esse“ kann doch schwerlich bewirken, dass bei Krankheit einzelner alle redhibiert werden. Also würde nur die Möglichkeit übrig

bleiben, dass — da von einem inneren Zusammenhange in dieser Stelle keine Rede ist, — die unitas pretii diese Wirkung habe. Wie aber steht es mit dem Prinzipium dieses Fragmentes? Da heisst es ausdrücklich: „si uno pretio plures servos emisti et de uno agere velis;“ dadurch ist in bestimmtester Form die Möglichkeit zugestanden, trotz des Gesamtpreises auf Einzelredhibition zu klagen. Die unitas pretii schliesst also die Einzelwandlung nicht aus; demgemäss kann diese Wirkung nur durch das Promissum herbeigeführt sein.[1]) Daher ist am Schlusse des § 1 auch noch ausdrücklich hinzugefügt „contra dictum promissum“, d. h. der Grund, weshalb hier „recte“ auf Totalredhibition geklagt wird, ist der Verstoss gegen das Promissum. —

Diesen beiden Fragmenten, welche durchaus nicht beweisen, dass die blosse unitas pretii Recht und Pflicht zur Totalredhibition erzeuge, stehen folgende Stellen gegenüber: Zunächst l. 36, l. 64 pr. D. 21,1, welche beide ausdrücklich die Möglichkeit der Einzelredhibition feststellen, wenn mehrere Sklaven für einen Gesamtpreis verkauft sind.[2]) Vor allem aber l. 38 § 14 und l. 59 § 1 D. eod. Die erstgenannte Stelle setzt in klarer, unwiderleglicher Form fest, dass bei Verkauf mehrerer, nicht zusammengehöriger Sachen für einen Gesamtpreis Einzelredhibition stattfindet Die Gegner[3]) suchen diese Stelle durch eine sehr künstliche Interpretation zu beseitigen; sie nehmen nämlich an, dass Ulpianus mit dem unum pretium gar nicht einen Gesamtpreis im rechtlichen Sinne meine, sondern nur die durch Zusammenrechnung der Einzelpreise erhaltene Summe. So vor allem Cocceius, ius controv. P. 2, lib. 21, tit. 1, qu. 1: „Ibi distincte non confuse pretium fuit constitutum, sc. in singulos certum, sed una summa comprehensum.“ Eine Widerlegung dieser Ansicht scheint mir kaum erforderlich: Für die Auffassung, dass Ulpian hier mit dem unum pretium

[1]) Die Erklärung von Holzschuher a. a. O. III S. 229, welcher die Totalredhibition befürwortet wegen der Möglichkeit einer unter allen Sklaven ausbrechenden Seuche, ist eine Vermutung, die in den Quellen nicht begründet ist.

[2]) Einen Grund, diese beiden Stellen auf die actio quanti minoris zu beschränken, kann ich nicht finden.

[3]) Vgl Fick a. a. O. S. 135.

nur eine durch Addition gewonnene Summe von Einzelpreisen meine, spricht nichts; sie lässt sich auch nicht aus einem Vergleich mit l. 36 D. eod. herleiten. Es wäre Sache der Gegner, den Beweis zu erbringen, dass ihre Auslegung die richtige sei. Hätte Ulpian wirklich mit dem „unum pretium" die praktisch bedeutungslose Summe der Einzelpreise gemeint, so hätte er das wohl hervorgehoben. —

Auch l. 59 § 1 D. eod. spricht unwiderleglich aus, dass beim Kauf mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis Einzelwandlung zulässig ist. Allerdings handelt es sich in dieser Stelle nicht um die actio redhibitoria, sondern um eine exceptio; aber es heisst ausdrücklich: „si pars pretii petatur, magis dicetur non nocere exceptionem"; d. h. das Geschäft bleibt zum Teil bestehen, obwohl die eine Sache mangelhaft ist; es findet also trotz der unitas pretii Einzelredhibition statt.

II. Anders als Glück und Unterholzner sucht Gesterding in Lindes Zeitschrift VI S. 41 ff. die Behauptung zu beweisen, dass die Vereinbarung eines Gesamtpreises stets Recht und Pflicht zur Gesamtwandlung erzeuge, auch wenn ein innerer Zusammenhang zwischen den verkauften Sachen nicht besteht. G. giebt zu, dass die Meinung des Ulpianus gemäss l. 38 § 14 D. 21,1 dahin gehe, es sei trotz der Vereinbarung eines Gesamtpreises Einzelredhibition wohl möglich. Er erkennt ferner an, dass l. 34 pr. von Africanus und l. 64 § 1 von Pomponius zum mindesten sehr zweifelhaft seien wegen der Worte „eiusdem generis" einerseits und des „promissum" andererseits. Aber l. 28 § 4 D. 24,1 und l. 44 D. 18,1 sollen die entgegengesetzte Meinung beweisen. Es ist zu beachten, dass beide Stellen vom Verkauf zweier Sklaven für einen Gesamtpreis sprechen; in den für unsere Auffassung angeführten Stellen dagegen handelt es sich um „plures servi", „plura mancipia", „plures res", „quattuor mulae, quae simpliciter uno pretio venerunt". Die Vermutung liegt daher sehr nahe, dass l. 28 § 4 D. 24,1 und l. 44 D. 18,1 an ein Paar zusammengehöriger Sklaven denken: doch ist dies bloss eine Vermutung. Sieht man davon ab, so muss man zugeben, dass die beiden Stellen der einheitlichen Preisbestimmung die Kraft beilegen, die mehreren Sachen zu einer Einheit zu verbinden. Das Haupt-

gewicht legt Gesterding auf l. 44 D. 18,1; er zieht daraus folgenden Schluss: Da Pomponius hier klar ausspreche, dass die unitas pretii die mehreren Sachen zu einer Einheit verbinde, so müsse man folgern, dass Pomponius auch in l. 64 § 1 D. 21,1 das Gewicht nicht auf das Promissum lege, sondern auf die unitas pretii. Pomponius habe also die Regel aufstellen wollen, dass die blosse Einheit des Preises stets Recht und Pflicht zur Totalredhibition begründe. Allerdings habe Ulpian in l. 38 § 14 D. und l. 59 § 1 D. 21,1 und wohl auch Africanus in l. 34 pr. D die entgegengesetzte Meinung aufgestellt. Diese sei auch natürlicher, und an sich stehe ihr die Ansicht des Pomponius nach Aber die letztere sei doch dem römischen Rechtssystem mehr entsprechend: sie habe auch seit der Zeit der Glossatoren gegolten und könne als recepta sententia bezeichnet werden.

Gesterdings Ausführungen sind m. E. nicht zutreffend. Aus l. 28 § 4 D. 24,1 ist kein Rückschluss auf l. 34 pr. D. 21,1 zu ziehen; vielmehr stehen diese Stellen in Widerspruch miteinander. Es ist zu berücksichtigen, dass auch l. 36 D. 21,1, welche in ganz klarer Weise die Einzelwandlung trotz der unitas pretii zulässt, von Pomponius stammt.

Man kann m. E. nicht behaupten, dass Pomponius in l. 28 § 4 D. 24,1 die Regel aufstellen wollte; denn hier behandelt er die vorliegende Frage nur nebenbei; in den beiden Stellen dagegen, welche die Lehre ex confesso behandeln, schliesst er sich der Meinung des Ulpian an.

Will man nicht annehmen, dass Pomponius in l. 28 § 4 D. l. c. an ein Paar zusammengehöriger Sklaven gedacht habe, so kann man höchstens folgern, dass er sich über eine Frage, über welche vielleicht schon unter den römischen Juristen Streit herrschte, nicht recht einig war; doch ist festzuhalten, dass er sich mehr der Ansicht des Ulpianus zuneigt.

Andererseits ist auch l. 44 D. 18,1 von Marcian nicht im stande, die vielen oben angeführten Stellen zu entkräften. Will man nicht annehmen, dass auch Marcian nur ein Paar zusammengehöriger Sklaven meine, so muss man doch zugeben, dass die Ausführungen des Ulpianus und Africanus vor dieser kurzen Stelle des Marcianus den Vorzug verdienen.

Aber Gesterding behauptet, dass die Ansicht, welche Pomponius in l. 28 § 4 D. 24,1 ausspricht, dem römischen Rechtssystem mehr entspreche, obwohl sie an sich der Ansicht des Ulpian nachstehe; dass sie zudem als recepta sententia angesehen werden könne. Diese Behauptung scheint mir sehr zweifelhaft. Es soll dem römischen Rechtssystem entsprechen, dass die blosse unitas pretii die mehreren Sachen zu einer Einheit verbindet? — L. 34 § 1, l. 35 pr., l. 38 pr. D. 21,1 beweisen, dass es lediglich auf die innere Zusammengehörigkeit ankommt; dass, wenn diese vorhanden ist, Recht und Pflicht zur Gesamtwandlung besteht ohne Rücksicht auf die Art der Preisfestsetzung; dass die blosse Einheit des Preises mehrere Sachen, die in keinem inneren Zusammenhange stehen, auch nicht zu einer Einheit verbindet, beweisen mit ausführlicher Begründung die angeführten l. 38 § 14, l. 39, l. 40; l. 36, l. 59 § 1, l. 64 pr., welche alle in dem Titel stehen, welcher die fragliche Lehre ex confesso behandelt, in dem Titel „de aedilicio edicto". Demgegenüber sollen l. 28 § 4 D. 24,1 und l. 44 D. 18,1, welche nur nebenbei, bei Behandlung anderer Fragen, ohne Begründung die entgegengesetzte Behauptung aufstellen, Stellen, bei denen noch fraglich ist, ob nicht ein innerer Zusammenhang der Sachen vorausgesetzt ist, die römische Grundanschauung wiederspiegeln? - Mir fehlt der Glaube.

Aber die Ansicht soll recepta sententia sein seit der Glossatorenzeit! Einen Beweis für diese Behauptung hat Gesterding nicht erbracht; er verweist gar nicht auf die ältere Litteratur. Dass die Ansicht seit der Glossatorenzeit vertreten wurde, ist nicht zu bestreiten; so besonders von Cocceji a. a. O. Es finden sich aber auch Vertreter der entgegengesetzten Meinung; so z. B. Caspar Cabellinus de Cingulo a. a. O. Kap. II Nr. 50: „plura animalia emi, inter quae reperi unum morbo affectum: tunc, si unicum pro omnibus pretium constitutum est, vel pro singulis certum pretium, potero agere redhibitoria pro infecto tantum, nisi sint in aliquo officio coniuncta, ut par boum ad laborandum." Ebenso auch Cuiacius (tractatus ad African. h. leg. Op. T. I p. 1371 ff.) und anscheinend auch Voet (a. a. O. III S. 739).

Solange Gesterding nicht den Beweis erbringt, dass die

Ansicht des Pomponius in l. 28 § 4 D. 24,1 kraft Gewohnheitsrechts gelte, wird man der Meinung des Ulpianus und Africanus den Vorzug geben müssen, zumal sie auch, wie Gesterding selbst zugiebt, an sich mehr begründet ist.

§ 18. $b_1 b_1$) Hat der Käufer ein Recht, aber keine Pflicht zur Gesamtwandlung?

Ich komme nun zu der zweiten Theorie: Bei blosser unitas pretii, d. h. wenn mehrere Sachen, die in keinem inneren Zusammenhang stehen, für einen Gesamtpreis verkauft sind, soll der Käufer zwar ein Recht, nicht aber eine Pflicht zur Totalredhibition haben; es soll im Belieben des Käufers stehen, ob er nur hinsichtlich der einzelnen fehlerhaften Sachen redhibieren, oder ob er den ganzen Kauf rückgängig machen wolle; der Verkäufer solle keinen Einspruch haben. Diese Ansicht spricht Treitschke (a. a. S. 353) aus, ohne sie jedoch näher zu begründen; er verweist nur auf l. 36, l 38 § 14, l. 64 pr. § 1 D. 21,1. Eingehend zu beweisen sucht sie Fick (a. a. O. S. 142 ff.); ihm stimmt Goldschmidt (Zeitschrift III S. 305) zu

Sehen wir, wie Fick diese Meinung aus den Quellen zu begründen sucht. Er geht von den drei Stellen des Pomponius aus: l. 36, l. 64 pr. und § 1 D. b. c. „Nur dann," sagt Fick, „stehen diese Stellen in vollem Einklang, wenn man annimmt, Pomponius sei der Meinung gewesen, dass die unitas pretii für sich allein ein Wahlrecht des Käufers begründe zwischen partieller und totaler Redhibition." Diese Voraussetzung, von der Fick ausgeht, ist m. E. irrig. Die Stellen stehen auch in vollem Einklang, wenn man nicht an dieses Wahlrecht glaubt.

Alle drei Stellen handeln von solchen Sachen, die in keinem inneren Zusammenhange stehen; in l. 36 und l. 64 pr. spricht Pomponius von Einzelredhibition, in l. 64 § 1 von Gesamtredhibition Darin seht Fick einen Widerspruch; m E. aber mit Unrecht. Denn, wie bereits oben zu beweisen versucht ist, wird in l. 64 § 1 die Gesamtwandlung nicht durch die Einheit des Preises begründet. Liest man l. 64 pr. und § 1 im Zusammenhange und vergleicht sie miteinander, so ergiebt sich mit Bestimmtheit, dass das

entscheidende Moment im § 1 nicht die unitas pretii ist, sondern das promissum; dass im § 1 ein ausdrückliches Garantieversprechen vorausgesetzt ist.

Aber die Worte „si utamur", „si velis", „recte agi" sollen auf das Wahlrecht hinweisen. — Nun, ich will zugeben, dass diese Worte nicht gegen ein solches Wahlrecht des Käufers sprechen würden, wenn wir Stellen hätten, die ein solches positiv festsetzten; denn die Worte „si de uno eorum aedilicia actione utamur" beweisen nicht, dass der Käufer nicht auch de omnibus aedilicia actione uti possit; aus den Worten „si de uno agere velis" folgt nicht, dass nicht auch de omnibus agi possit, und schliesslich könnte aus den Worten „de omnibus recte agi" nicht geschlossen werden, dass die Klage auf Einzelwandlung nicht auch dem Rechte entsprechend sei. Aber lediglich aus diesen Worten, wenn keine andere Stelle das Wahlrecht des Käufers feststellt, den Schluss zu ziehen, Pomponius habe dem Käufer ein solches alternatives Recht geben wollen, scheint mir doch sehr gewagt. Dazu kommt, dass, wie Hanausek (a. a. O. S. 188) mit Recht bemerkt, keinerlei Anlass zu der Annahme vorliegt, dass l. 36 und l. 64 pr. sich lediglich auf die redhibitoria beziehen; diese Stellen sprechen schlechthin von „actio aedilicia" bezw. von „agere"; sie beziehen sich also nicht nur auf die redhibitoria, sondern auch auf die actio quanti minoris. Damit fällt aber jede Möglichkeit fort, ein Wahlrecht daraus herzuleiten, da bei der Minderungsklage von einem solchen Wahlrecht keine Rede sein kann.

Und wie verhält es sich mit l. 38 § 14 und l. 58 § 1 D. h. t.? L. 38 § 14 sagt mit aller Bestimmtheit, dass bei blosser unitas pretii nur Einzelwandlung stattfinde, nicht Gesamtwandlung. Mit derselben Klarheit wird dieser Grundsatz in l. 59 § 1 ausgesprochen, wenn es sich hier auch nicht um die actio, sondern um die exceptio redhibitoria handelt. Fick sucht diese Stelle allerdings mit seiner Auffassung in Einklang zu bringen, doch auf eine, wie mir scheint, sehr gezwungene Weise. Nur die Worte von „si quis" bis „exceptio erit obicienda" sollen von dem Falle des Bauschkaufes handeln; der Rest des § 1 dagegen soll den Fall im Auge haben, wo nicht ein Gesamtpreis, sondern Einzelpreise vereinbart sind. Diese Interpretation ist eine

sehr künstliche. In der That enthält der erste Satz von den Worten „si quis“ bis zu „ut redhibeatur“ den zu Grunde liegenden Thatbestand: Es sind zwei Sklaven uno pretio verkauft; der eine ist fehlerhaft. Dann werden zwei Fälle unterschieden: a) si petatur pretium totum — der Verkäufer klagt auf den ganzen Kaufpreis —. b) si pars pretii petatur — er beansprucht nur den Teil für den mangelfreien Sklaven —. Nicht der geringste Anhalt ist in den Paragraphen zu sehen, der eine andere Auslegung erheischte. Fick selbst scheint auch kein grosses Vertrauen zu seiner Auslegung der Stelle zu haben; denn er sagt, diese Auslegung entspreche jedenfalls der Ansicht der Kompilatoren, „wenn sie auch nicht den ursprünglichen, von Ulpian beabsichtigten Sinne wiedergeben sollte“.[1])

Aber auch, meint Fick, wenn man annimmt, dass die Ansichten des Africanus, Ulpianus[2]) und Pomponius miteinander in Widerspruch stehen, müsse man die Meinung des letzteren, welche das Wahlrecht des Käufers feststelle, für die richtige halten. Wir können die Frage übergehen, ob die Kompilatoren wirklich dieser Ansicht, welche Fick als die des Pomponius hinstellt, den Vorzug gegenüber der Meinung des Ulpian gegeben hätten; denn ich glaube, bewiesen zu haben, dass auch Pomponius gar nicht ein solches Wahlrecht konstruieren will.

§ 19. $c_1 c_1$) Welchen Einfluss hat die Vereinbarung eines Gesamtpreises auf die Beantwortung der Frage, ob Gesamtwandlung oder Einzelwandlung stattzufinden habe?

Nachdem ich versucht habe, die Meinung von Glück, Unterholzner, Gesterding einerseits, von Treitschke, Fick, Goldschmidt andererseits, als den Quellen nicht entsprechend zu widerlegen, komme ich zur Begründung der dritten, m. E. allein richtigen Ansicht, welche dahin geht, dass bei

[1]) Auch Goldschmidt findet, dass diese Stelle „Schwierigkeiten mache“. — Thatsächlich macht sie aber nur für denjenigen Schwierigkeiten, der sie mit dem Wahlrecht in Einklang bringen will.

[2]) Dass Africanus (l. 34 pr.) mit Ulpianus nicht in Widerspruch steht, habe ich oben zu beweisen versucht.

blosser unitas pretii stets Recht und Pflicht zur Einzelwandlung besteht.

Von den Aelteren haben sich für diese Meinung erklärt: Cuiacius, tract. ad. African. h. leg. Op. T. I. p. 1371 ff.; Caspar Cabellinus a. a. O. Kap. II Ziffer 50; Voet a. a. O. III S. 739; auch der Franzose Pothier[1]) a. a. O. S. 134. Von den Neueren verteidigen diese Ansicht Holzschuher a. a. O. S. 316; Sintenis a. a. O. S. 616; Hanausek a. a. O. S. 181. Ihr treten auch bei Eck in Holtzendorfs Rechtslexikon S. 220; Gruchot a. a. O. S. 510; Gareis in Endemanns Handb. II S. 610; Kritz a. a. O. S. 201; Seuffert, Pand. II S. 85; Puchta a. a. O. II S. 229; Göschen a. a. O. II,2 S. 363; Dernburg[2]) a. a. O. II S. 281; Windscheid a. a. O. II S. 441; Brinz a. a. O. II,2 S. 725.

Dass diese Ansicht mit den Quellen im Einklang steht, folgt schon aus den beiden vorigen Paragraphen. Ich fasse noch einmal kurz zusammen: Dass die blosse Einheit des Preises dem Käufer kein Recht zur Gesamtwandlung giebt, geschweige denn eine bezügliche Pflicht auferlegt, beweisen l. 38 § 14, l. 36, l. 59 § 1, l. 64 pr.; dass auch l. 34 pr. und l. 64 § 1 dem durchaus nicht widersprechen, glaube ich oben bereits gezeigt zu haben. Andererseits beweisen aber die vielen in den beiden vorigen Paragraphen angeführten Quellenstellen, vor allem l. 34 § 1 und l. 38 pr., dass bei innerer Zusammengehörigkeit der Sachen stets Recht und

---

[1]) Nachdem P. gesagt hat, dass stets Recht und Pflicht zur Gesamtwandlung bestehe, wenn es sich um Sachen handelt, die der Käufer nur alle zusammen gekauft, der Verkäufer nur alle zusammen verkauft hätte, fährt er fort: „Mais si les choses qui ont été vendues étaient indépendentes les unes des autres, l'action redhibitoire n'aura lieu que pour celle qui a un vice, quand même toutes auraient été vendues pour un même prix; car encore que cette circonstance jointe à d'autres serve à faire présumer que les choses n'auraient pas été vendues l'une sans l'autre, elle n'est pas néanmoins seule décisive. C'est pourquoi l'action redhibitoire pourra avoir lieu pour cette seule chose, suivant la ventilation qui en sera faite sur le total du prix. C'est la doctrine de la loi § 38 fin. etc. et plusieurs autres.

[2]) D. nimmt allerdings an, dass Africanus (l. 34 pr.) und Pomponius (l. 64 pr. § 1) auf die Einheit des Preises ein entscheidendes Gewicht legen; anders dagegen die spätere klassische Jurisprudenz, vor allem Ulpianus (l. 38 § 14, l. 59 § 1). Dernburg kommt also zu demselben Resultat auf Grund der sogen. historischen Vereinigung.

Pflicht zur Gesamtwandlung besteht, mag ein Gesamtpreis verabredet sein oder nicht.

Fick sagt, seiner Ansicht stehen „gewichtige innere Gründe“ zur Seite. Mir scheint die verschiedene Behandlung von Käufer und Verkäufer, wie sie Fick vorschlägt, nicht gerechtfertigt zu sein. Sie bevorzugt den Käufer in übertriebener Weise und benachteiligt zugleich den Verkäufer. Soll es wirklich gerecht sein, dass es bei blosser unitas pretii im Belieben des Käufers steht, wegen eines Mangels an einer einzigen Sache den ganzen Kauf rückgängig zu machen?[1])

Ein Beispiel wird besser als alle Erörterungen beweisen, dass die Auffassung, der ich mich angeschlossen habe, innerlich viel gerechtfertigter ist, als die beiden entgegengesetzten Anschauungen: A. kauft von B. 1000 Sack Pflaumen für einen Gesamtpreis von x Mark; (es liegt nur unitas pretii vor). Nachdem der Kauf perfekt ist, sinkt der Preis für Pflaumen um ein Bedeutendes. Natürlich hat der Käufer nichts eiligeres zu thun, als die Säcke daraufhin zu untersuchen, ob sich nicht vielleicht an irgendeinem ein kleiner Mangel finden wird; er findet auch einen Sack, in dem die Pflaumen etwas feucht sind oder ein klein wenig sauer. Da er ja ein Wahlrecht hat, beantragt er sofort Gesamtwandlung, und seine fehlgeschlagene Spekulation gereicht nicht ihm, sondern dem Verkäufer zum Schaden.

Auch die Theorie, welche bei blosser Einheit des Preises Recht und Pflicht zur Totalredhibition statuiert, ist innerlich nicht gerechtfertigt: Nehmen wir dasselbe Beispiel; nur sind die Preise nicht gesunken, sondern bedeutend gestiegen. Einige Säcke sind zweifellos mangelhaft; der Käufer muss sich aber hüten, Redhibition zu beantragen; denn der Verkäufer kann Wandelung des Ganzen verlangen. Entweder muss also der Käufer die schlechten Säcke behalten, oder aber er muss den Nutzen, der ihm aus dem Steigen der Preise erwächst, fahren lassen; in beiden Fällen hat der Verkäufer, der mangelhaft geliefert hat, den Vorteil.

[1]) Mit Recht haben sich die Motive zum B.G.B. II S. 235 dagegen ausgesprochen, indem sie sagen: „In der Ausdehnung der Wandelung auf alle einzelnen, auch die fehlerlosen Sachen sind billigerweise die beiden Vertragsschliessenden gleichzustellen.“

Unsere Auffassung dagegen würde m. E. die einzig gerechte Lösung bieten, indem stets nur Wandelung in Bezug auf die fehlerhaften Säcke stattfindet; das Sinken und Steigen des Preises trifft immer denjenigen, der darauf spekuliert hat, d. h. den Käufer.

Dieser Ansicht hat sich auch die Praxis in zahlreichen Entscheidungen angeschlossen.[1])

Wir sehen also, dass auch hinsichtlich der Redhibition keine Besonderheit für den Bauschkauf besteht; denn, wenn auch die Verabredung eines Gesamtpreises stets eine Vermutung dafür begründet, dass die Kontrahenten beim Kaufabschlusse die Sachen als zusammengehörig betrachtet haben, so ist doch keinesfalls die Vereinbarung eines Gesamtpreises, d. h. der Abschluss in Bausch und Bogen, sondern lediglich die wirklich von den Kontrahenten gewollte Zusammengehörigkeit der Sachen das Entscheidende.

§ 20. c_1) Berechnung des dem Käufer zurückzuerstattenden Wertes, wenn von den mehreren, für einen Gesamtpreis gekauften Sachen einzelne redhibiert werden.

Waren Einzelpreise festgesetzt, so ist derjenige Wert dem Käufer zu erstatten, welcher für die betreffende fehlerhafte Sache bestimmt war; dies folgt aus l. 36 D. 21,1 und aus l. 64 pr. D. eod. in Verbindung mit l. 53 pr. D. 21,2. Nicht so einfach ist die Berechnung, wenn ein Gesamtpreis vereinbart worden ist. Es kommen folgende Quellenstellen in Betracht: l. 36 D. 21,1; l. 64 pr. eod. in Verbindung mit l. 53 pr. D. 21,2. Alle diese Stellen besagen, dass eine Schätzung der fehlerhaften Sache, die redhibiert wird, stattzufinden habe, und zwar soll der Wert nicht durch einfache Division aus dem Gesamtpreis ermittelt werden, sondern er soll pro bonitate geschätzt werden, d. h. nach

[1]) Vergl. Seuffert, Archiv: Bd. IV, No. 24; V, 119, 121, Z. 3; XII, 234; XVII, 127; XXVI, 22; XXXIII, 214; XXXV, 116; XXXVI, 270. Entsch. d. R.G. i. Civ.S. XXXIV, 322; besonders Arch. f. prakt. Rechtsw. VI, S. 317. Gruchot, Beitr. z. Erl. d. Preuss. Rechts II, S. 492; derselbe, Beitr. z. Erl. d. Deutsch. Rechts XXXIV. S. 952.

der grösseren oder geringeren Güte der fraglichen Sache;[1]) waren dagegen Einzelpreise verabredet, so wird die „bonitas“ der einzelnen Sachen nicht berücksichtigt.[2])

Es besteht in dieser Hinsicht also ein Unterschied, ob der Kauf in Bausch und Bogen geschlossen ist oder nicht.

§ 21. 2. Die actio quanti minoris.

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Minderungsklage ist es grundsätzlich ohne Belang, ob der Kauf in Bausch und Bogen geschlossen ist oder nicht. Nur ist auch hier wieder darauf hinzuweisen, dass beim Aversionalkauf der Wille der Kontrahenten häufig auf eine Beschränkung der Haftung des Verkäufers gerichtet ist.

Hinsichtlich der Berechnung bei der Minderungsklage ist nur wenig zu sagen. Der Betrag der Minderung soll gleich der Summe sein, welche der Käufer bei Kenntnis

---

[1]) Ueber die Art der Berechnung des zurückzuerstattenden Wertes sind zu vergleichen Glück XX S. 81, Koch a. a. O. II S. 489. Beide lehnen sich in ihren Ausführungen an die Glosse zu l. 64 h. t. Darin führt Accursius etwa folgendes aus: Es ist zunächst der verabredete Preis und dann der wahre Wert sowohl des Ganzen als auch des zurückzugewährenden Stückes zu ermitteln; massgebend ist die Zeit des Vertragsschlusses, nicht die der Klage. Das Verhältnis des wahren Wertes des zurückzuerstattenden Stückes zu dem wahren Werte des Ganzen ergiebt den zu erstattenden Teil des verabredeten Preises. — Gegen diese Berechnung, welche von der Glosse aufgestellt und von Glück und Koch verteidigt wird, hat sich Sintenis a. a. O. II S. 616, Note 118 erklärt. Vgl. übrigens auch Holzschuher a. a. O. III S. 322; Gruchot, Beitr. z. Erl. des Preuss. Rechts II S. 488; und vor allem Arch. f. prakt. Rechtsw. VI S. 317.

[2]) Windscheid a. a. O. II S. 441 sagt, bei der Bestimmung des Wertes (bonitas) der einzelnen Sache sei auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob nicht durch die Fehlerhaftigkeit der einen Sache zugleich der Wert der anderen vermindert wird; er verweist auf l. 38 § 13 D. 21,1. Diese Stelle spricht aber lediglich von der actio quanti minoris. Wird durch die Fehlerhaftigkeit der einen Sache zugleich der Wert der anderen vermindert, so handelt es sich eben um res quae separari non possunt sine incommodo; in solchen Fällen findet daher Totalredhibition statt. Will der Käufer dies nicht, so muss er sich in solchen Fällen mit der Minderungsklage begnügen, bei der allerdings, wie wir noch sehen werden, berücksichtigt wird, ob die Fehlerhaftigkeit der einen Sache zugleich den Wert der anderen Sachen vermindert.

des Mangels weniger bezahlt haben würde;[1]) vorausgesetzt, dass der Verkäufer nicht in dolo ist. Das besagen l. 32 § 1 D. 21,2; l. 13 pr. D. 19,1; l. 61 D. 21,1.

Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Die mehreren Sachen stehen in keinem inneren Zusammenhange, sodass durch den Mangel der einen Sache der Wert der anderen nicht verringert wird; Käufer und Verkäufer hätten die Sachen auch einzeln gekauft bezw. verkauft. Ist hier ein Gesamtpreis bestimmt worden, so ist der auf die fehlerhafte Sache entfallende Teil desselben ebenso wie bei der Wandelungsklage, also pro bonitate zu berechnen; so l. 36, l. 64 pr. D. 21,1. Ist dies geschehen, so ist es, als wenn dieser Preis als Einzelpreis für die betreffende Sache bestimmt worden wäre: Der Betrag der Minderung ist zu berechnen aus dem Verhältnis des Wertes der fehlerfreien Sache zum Werte der fehlerhaften Sache; massgebend ist auch hier die Zeit des Kaufabschlusses.

2. Die Sachen stehen in einem inneren Zusammenhange, sodass die Fehlerhaftigkeit der einen Sache zugleich den Wert der anderen Sachen mindert. Es ist hier ohne Belang, ob der Kauf in Bausch und Bogen abgeschlossen worden ist oder nicht; denn in beiden Fällen ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob durch den Fehler der einen Sache auch der Wert der anderen, an sich mangelfreien Sachen verringert wird. Bei Verabredung eines Gesamtpreises ist dies unzweifelhaft; es folgt aus l. 36, l. 64 pr. und l. 38 § 13 D. 21,1. Fraglich ist es nur, wenn Einzelpreise vereinbart worden sind. Es stehen sich hier zwei Stellen gegenüber, l. 36 und l. 38 § 13 D. l. c. Man kann den Widerspruch nicht dadurch beseitigen, dass man sagt, die l. 36 beziehe sich nur auf die actio redhibitoria;[2]) denn es ist

[1]) Auf die verschiedenen Meinungen bezüglich der absoluten und der relativen Theorie ist hier nicht einzugehen; man vgl. darüber Dernburg a. a. O. II S. 281; auch Hanausek a. a. O. S. 132; Treitschke a. a. O. S. 358; Sintenis S. 618, Note 122; ferner Busch, Arch. f. Handelsr. Bd. 29, S. 372 und Seuffert, Arch. Bd. 27, No. 113.

[2]) So in Seufferts Arch. XVII, 127; doch wird andererseits auch angenommen, dass l. 38 § 13 nur von dem Falle spricht, wo ein Gesamtpreis vereinbart war; m. E hat aber Ulpian beide Fälle im Auge, und nur das angeführte Beispiel handelt zufällig von dem Falle des „unum pretium“. Uebrigens kommt die Entscheidung bei Seuffert zum richtigen Resultat.

dort von „actio aedilicia“ schlechthin die Rede, also auch von der Minderungsklage.

Der Widerspruch zwischen den beiden Stellen ist thatsächlich vorhanden. Ich stehe aber nicht an, mich der Ansicht des Ulpianus anzuschliessen; er ist der Vertreter der späteren klassischen Jurisprudenz, während Pomponius die Meinung der älteren römischen Rechtswissenschaft wiedergiebt.

Der Betrag der Minderung ist zu berechnen aus dem Verhältnis des Wertes aller Sachen bei Fehlerfreiheit zu dem Werte aller Sachen bei dem vorhandenen Mangel.

II. Hauptteil.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

I. Abschnitt.

§ 22. Begriff.

Das B.G.B. kennt den Ausdruck „Kauf in Bausch und Bogen“ nicht; trotzdem wird sich diese Bezeichnung im Verkehr vermutlich für gewisse Kaufgeschäfte erhalten. Sehen wir nun einmal, ob das B.G.B. nicht irgendwo von gewissen Arten des Kaufes spricht, welche dem gemeinrechtlichen Begriffe des Bauschkaufes entsprechen oder wenigstens nahe kommen.

Nach § 469[1]) B.G.B. sind folgende vier Fälle zu unterscheiden:

1. Es sind mehrere Sachen zugleich — jedoch nicht als zusammengehörend — verkauft, ohne dass ein Gesamtpreis für alle festgesetzt ist.

[1]) Vgl. auch §§ 471, 472.

2. Es sind mehrere Sachen zugleich — jedoch nicht als zusammengehörend für einen Gesamtpreis verkauft.

3. Es sind mehrere Sachen als zusammengehörig verkauft ohne Bestimmung eines Gesamtpreises.

4. Es sind mehrere Sachen als zusammengehörig für einen Gesamtpreis verkauft.

Es erscheint mir als das Geeignetste, den zweiten und vierten Fall unter dem Namen „Kauf in Bausch und Bogen" zu begreifen. Das Wesentliche wäre demgemäss die Festsetzung eines Gesamtpreises. Ein Bauschkauf würde allemal dann vorliegen, wenn mehrere Sachen, mögen sie als zusammengehörig verkauft sein oder nicht, gegen Zahlung eines für das Ganze bestimmten Gesamtpreises in das Eigentum eines anderen übertragen werden sollen.

Dem gemeinen Rechte entspricht diese Begriffsbestimmung allerdings nicht genau; es besteht ein Unterschied hinsichtlich des Kaufgegenstandes, hinsichtlich der Ware. Denn, da nach § 90 B.G.B. die „Sache" nur körperliche Gegenstände begreift, so ist unser Begriff nach B.G.B. insofern enger,[1]) als nach gemeinem Recht auch unkörperliche Gegenstände, auch Sondergüter, in Bausch und Bogen gekauft werden können. Dagegen würde nach B.G.B. der Kauf eines Sondergutes für einen Gesamtpreis, z. B. der Kauf eines Handelsgeschäftes, vor allem auch der Erbschaftskauf[2]) nicht als Bauschkauf gelten. Allerdings, glaube ich, wird der gemeine Verkehr auch solche Käufe, wenn sie für einen Gesamtpreis abgeschlossen werden, mit dem Ausdruck „Kauf in Bausch und Bogen" bezeichnen. Dies wird

---

[1]) Eine Beschränkung auf vertretbare Sachen, wie sie von einigen für das gemeine Recht behauptet wird, ist dem B.G.B. unbekannt.

[2]) Den Erbschaftskauf einem theoretischen Begriff (abgesehen von dem Begriff des Kaufvertrages selbst) unterzuordnen, scheint mir nach B.G.B. gar nicht ratsam; denn dieser Kauf ist vom Gesetz bis in die Einzelheiten hinein genau geregelt, und zwar gemäss dem vermutlichen Willen der Kontrahenten; cf. §§ 2371 ff. Ich will nur darauf hinweisen, dass die vom B.G.B. über den Erbschaftskauf getroffenen Bestimmungen grosse Aehnlichkeit mit den Grundsätzen haben, die wir für den gemeinrechtlichen Kauf in Bausch und Bogen festgesetzt haben; so hinsichtlich des Gefahrüberganges (§ 2380) und hinsichtlich der Gewährleistung des Verkäufers (§ 2376).

sehr wohl zu beachten sein, um den Willen der Kontrahenten im konkreten Fall zu erkennen.[1] [2]

Das Erfordernis des gemeinen Rechts, wonach ein Bauschkauf nur dann vorliegt, wenn der Gegenstand des Kaufes bereits genau individualisiert ist, wenn es also zur näheren Bestimmung desselben nicht mehr eines Wiegens, Messens oder Zählens bedarf, fällt im B.G.B. fort; der Grund liegt in der abweichenden Regelung des Gefahrüberganges. Nach dem B.G.B. liegt also auch ein Bauschkauf vor, wenn 50 Liter Wein aus einem 100 Liter enthaltenden Vorrat für einen Gesamtpreis verkauft werden.

Hinsichtlich des Gesamtpreises gilt dasselbe wie im gemeinen Recht: Der Preis muss wirklich als ein Gesamtpreis für das Ganze bestimmt sein; es darf sich nicht bloss um die durch Addition ermittelte Summe der Einzelpreise handeln.

Es muss schliesslich beim Bauschkauf stets nur *ein* Kaufgeschäft vorhanden sein; liegen mehrere Geschäfte vor, die bloss zeitlich zusammentreffen, so haben wir es nicht mit einem Kaufe in Bausch und Bogen zu thun.

---

[1]) Aus der Bezeichnung der Kontrahenten „es wird ein Kauf in Bausch und Bogen geschlossen“ wird häufig zu ersehen sein, dass die Gefahr bereits mit dem Kaufabschlusse auf den Käufer übergehen, und dass die Gewährleistungspflicht des Verkäufers eine beschränkte sein solle.

[2]) Da, wie gesagt, das B G.B. den Ausdruck „Kauf in Bausch und Bogen“ als einen technischen nicht kennt, so ist es durchaus nicht unmöglich, dass Theorie und Praxis den Begriff umfassender bestimmen werden, als es oben im Texte geschehen ist, und auch unkörperliche Gegenstände mit darunter begreifen werden. Im übrigen werden ja natürlich aus § 469 ff. analoge Schlüsse für den Fall gezogen werden, dass auch unkörperliche Gegenstände zu der Ware gehören.

II. Abschnitt.

Stellung des Kaufes in Bausch und Bogen zu den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen.[1])

I. Abteilung.

§ 23. Gefahrübergang.

Das B.G.B. kennt den römischen Satz „periculum est emptoris“ nicht; es hat sich vielmehr dem deutschen Rechte angeschlossen, wonach die Gefahr erst mit der Uebergabe der Sache auf den Käufer übertragen wird.[2]) Es findet sich keine Bestimmung im Gesetzbuch, wonach in diesem Punkte etwas Besonderes für den Bauschkauf gelten sollte.[3])

Natürlich können die Parteien einen früheren Uebergang der Gefahr vereinbaren, mag es sich nun um einen Aversionalkauf handeln oder nicht. Beim Kauf mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis wird häufig eine diesbezügliche Absicht der Kontrahenten verhanden sein; wird häufig der Wille der Parteien darauf gerichtet sein, die Gefahr bereits mit dem Abschluss des Vertrages auf den Käufer zu übertragen. Dieser Wille ist dann natürlich entscheidend.[4]) [5])

II. Abteilung. Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung.

§ 24. A. Haftung wegen Entwährung.

Nach dem B.G.B. § 433 ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer nicht nur das „habere licere“, sondern das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen.

In §§ 434 ff. behandelt das Gesetz die Pflicht des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel im Recht. Eine besondere, von den allgemeinen Sätzen abweichende Vor-

---

[1]) In denjenigen Punkten, die ich unerwähnt lasse, steht der Bauschkauf unter den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen.

[2]) Vgl. § 446; aber auch die Ausnahme im 2. Absatz.

[3]) Ueber den Erbschaftskauf vgl. § 2380.

[4]) Man vgl. die Motive II S. 324.

[5]) Vgl. auch Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. S. 169.

schrift für den Fall, dass mehrere Sachen für einen Gesamtpreis verkauft sind, ist im Gesetz nicht vorgesehen.[1]) Doch ist auch hier wieder darauf hinzuweisen, dass der Wille der Kontrahenten massgebend ist, und dass gerade beim Bauschkauf die Absicht der Parteien häufig auf Ausschluss oder Beschränkung der Haftung des Verkäufers wegen Entwährung einzelner Stücke gerichtet sein wird.

§ 25. B. Haftung des Verkäufers für die Quantität der Ware.

I. Es ist keine Quantität beim Kaufabschluss angegeben worden.

Das B.G.B. trifft keine besonderen Vorschriften für diesen Fall; man muss also aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Frage entscheiden: Ist keine Quantität angegeben, so kann der Verkäufer auch keine Pflicht haben, eine solche zu gewährleisten. Der Käufer hat den vollen Kaufpreis zu zahlen, auch wenn die vorhandene Quantität kleiner ist, als die erwartete. Er hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er ein so gewagtes Geschäft geschlossen hat.[2]) Wie der Käufer einerseits den vollen Kaufpreis zu zahlen hat, wenn die vorhandene Quantität hinter der von ihm erwarteten zurückbleibt, so hat er andererseits nicht mehr zu zahlen, wenn die vorhandene Menge die vom Verkäufer angenommene übersteigt. Das gilt bei beweglichen Sachen wie bei Grundstücken.[3]) Hat also jemand, um mich des von Bekker angeführten Beispieles zu bedienen, das

---

[1]) Für den Erbschaftskauf aber ist zu vergleichen § 2376.

[2]) Anders natürlich, falls er durch Betrug zu dem Geschäfte verleitet wurde; dann hat er aus § 123 das Recht der Anfechtung.

Auf eine Verletzung über die Hälfte kann sich der Käufer nicht berufen; denn das B.G.B. hat, wie schon das alte H.G.B. die gemeinrechtlichen Vorschriften über die Anfechtung wegen laesio enormis beseitigt.

[3]) Analoges gilt bei unkörperlichen Gegenständen, also z. B. bei Forderungsrechten: Hat A. alle Forderungen, die er gegen C. hat, dem B. verkauft, so hat B. den vereinbarten Preis voll zu zahlen, auch wenn die Summe der Forderungen thatsächlich geringer ist, als er erwartet hatte. Ebenso haftet der Verkäufer einer Erbschaft dem Käufer nicht für eine bestimmte Quantität der Nachlasssachen.

„Ackermann'sche Grundstück" verkauft, so haftet er für keine Quantität.

II. Es ist eine Quantität beim Kaufabschluss angegeben worden

Ein einziger hierher gehöriger Paragraph findet sich im Gesetzbuch: § 468; er regelt die Haftung des Verkäufers, welcher beim Verkaufe eines Grundstückes dem Käufer eine bestimmte Grösse zusichert. Im übrigen enthält das Gesetz keine Bestimmung über den in Frage stehenden Punkt. In den Motiven II S. 233 heisst es: „Für besondere Vorschriften betreffend die Pflicht zur Vertretung von Quantitätsangaben bei Sachveräusserungen überhaupt besteht kein Bedürfnis: die allgemeinen Grundsätze sind, soweit es sich nicht um Grundstücke handelt, vollkommen ausreichend." Aus § 468 den analogen Schluss zu ziehen, dass der Verkäufer bei Zusicherung einer bestimmten Grösse auch bei beweglichen Sachen stets wie für eine zugesicherte Eigenschaft hafte, scheint mir unmöglich. Denn der Gesetzgeber hätte sich, wenn er dies wollte, die ausdrückliche Beschränkung auf Grundstücke gespart und schlechtweg von „Sachen" gesprochen.

Ebenso gewagt scheint es mir aber, aus § 468 per argumentum e contrario zu folgern, dass der Verkäufer, welcher eine bestimmte Grösse zugesichert hat, deswegen bei beweglichen Sachen niemals wie für eine zugesicherte Eigenschaft haften solle. Das entspräche durchaus nicht der Anschauung des Verkehrs, welche bei Auslegung von Verträgen stets berücksichtigt werden soll. Ich nehme daher an, dass auch bei beweglichen Sachen im einzelnen Falle die Zusage einer bestimmten Grösse der Zusicherung einer Eigenschaft, der Mangel an der Grösse einem Fehler im Sinne des § 459 gleichstehen kann.[1]) Z. B. A. hat dem B. 1000 Rollen Garn mit der Zusicherung verkauft, dass jede Rolle 500 m halte; thatsächlich beträgt aber das Garn der einzelnen Rollen nur 250 m. Hier handelt es sich m. E. um die Zusicherung einer „Eigenschaft" im Sinne des § 459 Abs 2, sodass der Käufer zur Wandelung, wie zur Minderung berechtigt ist; er kann auch nach § 463 Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern.

[1]) Ebenso Motive a. a. O. S. 233.

Wie aber, wenn A. dem B. 1000 Rollen Garn verkauft hat, und B. nun behauptet, nur 800 Rollen erhalten zu haben? — Ein Bauschkauf liegt vor; denn nach dem B.G.B. ist es, abweichend vom gemeinen Recht, nicht erforderlich, dass die Ware als Species geschuldet wird. Es handelt sich hier um einen reinen Quantitätsmangel, und Cosack hat Recht, wenn er a. a. O. I S. 442 sagt, „es kommen hier die Regeln zur Anwendung, welche für den teilweisen Lieferungsverzug des Verkäufers gelten." B. hat also, wenn er die 800 Rollen annimmt, — an sich ist A. ja gemäss § 266 B.G.B. zu der Teilleistung nicht berechtigt — einen Anspruch auf Nachlieferung der fehlenden 200 Rollen.

Ganz anders ist es, wenn eine Quantität von Sachen speziell geschuldet ist: A. verkauft dem B. diese bestimmten, z. B. alle in einer genau bezeichneten Kiste enthaltenen Garnrollen, mit der Zusage, es seien 1000 Stück. Thatsächlich befinden sich nur 800 Rollen in der Kiste. — Welche Rechte hat nun der Käufer?[1]) Von einer Nachlieferung der fehlenden Stücke kann keine Rede sein; denn ein teilweiser Lieferungsverzug liegt gar nicht vor, da ja nur die in der Kiste enthaltenen Rollen geschuldet waren.[2]) Der Käufer könnte das Geschäft aus § 119 anfechten; damit hätte er aber nur die Nichtigkeit des Kaufes, nicht auch Schadensersatz erwirkt.

M. E. hat der Käufer jedoch die Rechte aus §§ 462, 463; denn beim Bauschkauf bildet die Mehrheit der verkauften Sachen stets ein Ganzes, mögen die Sachen in einem inneren Zusammenhange stehen oder nicht; für dieses Ganze aber ist, wie ich in dem dem gemeinen Rechte gewidmeten Abschnitte zu beweisen versucht habe, auch die Quantität eine „Eigenschaft" im Sinne des § 459 Abs. 2.

Auch nach dem B.G.B. besteht in dieser Beziehung für den Kauf in Bausch und Bogen keine Abweichung von den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen. Es gelten

---

[1]) Ich scheide den Fall aus, wo das Vorhandensein der zugesicherten Quantität zur Vertragsbedingung gemacht war.

[2]) Vgl. oben S. 67, Anm. 1; was dort für das gemeine Recht gesagt ist, gilt auch für die Beurteilung nach dem B.G.B.

für den Bauschkauf nur die allgemeinen Regeln der §§ 459 ff. Der Mangel an der zugesagten Menge wird dem Mangel einer zugesicherten „Eigenschaft“ stets gleichstehen, wenn die Ware ein Ganzes bildet, ohne Rücksicht darauf, ob der Kauf in Bausch und Bogen abgeschlossen worden ist oder nicht; dass beim Aversionalkauf die mehreren Gegenstände stets als eine einzige Ware, als ein — körperliches oder gedachtes — Ganzes anzusehen sind, folgt aus dem Begriffe dieser Unterart des Kaufes. —

Uebersteigt die thatsächlich vorhandene Menge die angebene Quantität, so hat der Käufer keinen höheren Preis zu bezahlen, als verabredet war, denn der Preis war als ein Gesamtpreis für den ganzen Vorrat bestimmt; auch kann der Verkäufer nicht etwa diejenige Menge, um welche die vorhandene Quantität die angegebene übersteigt, zurückhalten; denn er hat sich zur Leistung der gesamten Masse verpflichtet. —

Eine besondere Bestimmung enthält, wie gesagt, § 468 hinsichlich der zugesicherten Grösse eines Grundstückes: Der Verkäufer haftet für die zugesicherte Grösse stets wie für eine zugesicherte Eigenschaft. Der Käufer hat also bei Mangel an der zugesicherten Quantität die Wahl, Wandelung, Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.[1])

§ 468 B.G.B. enthält keine besondere Bestimmung für den Bauschkauf, denn er findet Anwendung sowohl wenn das Grundstück für einen Gesamtpreis verkauft ist, als auch wenn der Preis nach Einheiten, z. B. nach Quadratruten verabredet ist. Die Minderungsklage würde allerdings im zweiten Falle nicht möglich sein.

Ist der thatsächliche Umfang des Grundstückes grösser als der zugesicherte, so gelten dieselben Sätze, die ich oben für die beweglichen Sachen festgestellt habe.

---

[1]) Darüber, dass nicht in jeder Angabe eines Flächeninhalts eine „Zusicherung“ im Sinne des § 468 B.G.B. zu sehen ist, vgl. Matthiass a. a. O. Bd. I S. 444. — Doch ist zu beachten, dass der Käufer eines Grundstücks, auch wenn die Grössenbezeichnung nicht als „Zusicherung“ anzusehen ist, doch häufig das Recht haben wird, den Kauf aus § 119 B.G.B. anzufechten.

§ 26. C. Haftung des Verkäufers für die Qualität der Ware.

I. Wandelung. Die für das gemeine Recht so ausserordentlich bestrittene Frage, ob bei Verkauf mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Mangelhaftigkeit einzelner Gesamtwandelung oder Einzelwandelung begründe, wird vom B.G.B. in einem einzigen Paragraphen gelöst, und zwar in so klarer Weise, dass jedem Streit darüber künftig der Lebensfaden abgeschnitten ist. Das B.G.B. hat sich derjenigen Anschauung angeschlossen, die wir bereits für das gemeine Recht verteidigt haben. § 469 stellt in unzweifelhafter Weise den Grundsatz auf, dass, wenn von mehreren zusammenverkauften Sachen einzelne mangelhaft sind, nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden kann, auch wenn ein Gesamtpreis für alle festgesetzt ist. Eine Ausnahme setzt jedoch der 2. Absatz des § 469 fest, indem er sagt: „Sind die Sachen als zusammengehörend verkauft, so kann jeder Teil verlangen, dass die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird, wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können.“[1]) Es ist also zweierlei erforderlich, damit statt der grundsätzlich geltenden Einzelwandelung Gesamtwandelung erfolge:

1. die Kontrahenten müssen beim Vertragsschluss die mehreren Sachen als zusammengehörig betrachtet haben;

2. Diejenige Partei, die Gesamtwandelung beantragt, muss ein Interesse daran haben.

Das B.G.B. weist also sowohl die Theorie zurück, welche meint, dass Verabredung eines Gesamtpreises stets Recht und Pflicht zur Totalredhibition erzeugt, als auch die, welche annimmt, dass durch die Vereinbarung des Gesamtpreises ein Wahlrecht für den Käufer begründet wird.[2]) Das B.G.B. spricht der Art der Preisfestsetzung

---

[1]) Den § 470, bei dem es sich um Sachen handelt, die im Verhältnis von Haupt- und Nebensache zu einander stehen, kann ich übergehen; denn es ist klar ersichtlich, dass die Vereinbarung eines Gesamtpreises hier keinerlei Einfluss hat.

[2]) Vgl. Motive a. a. O. S. 235.

jeden Einfluss auf die Frage der Redhibition ab. Dass dies innerlich sehr wohl gerechtfertigt ist, habe ich bei der Behandlung nach gemeinem Recht zu beweisen versucht. Auch die Anschauung des Verkehrs über die Zusammengehörigkeit mehrerer Sachen ist nach dem B.G.B. nicht massgebend; nur der Wille der Kontrahenten, die Sachen als zusammengehörig zu behandeln, ist entscheidend. Wenn auch niemand leugnen wird, dass die Einheit des Preises und die Anschauung des Verkehrs eine Vermutung dafür begründen, dass auch die Parteien die Zusammengehörigkeit gewollt haben, so ist doch andererseits nicht zu bezweifeln, dass möglicherweise im konkreten Falle trotz Einheit des Preises und trotz der verkehrsüblichen Bezeichnung der Sachen als Gesamtheit die Kontrahenten auf das Zusammenbleiben der Sachen keinen Wert gelegt haben.

Zu der bezüglichen Absicht der Kontrahenten muss noch hinzukommen, dass die Partei, welche Gesamtwandelung beansprucht, auch ein Interesse an derselben hat, dass die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für sie von den übrigen getrennt werden können. Was das Gesetz hiermit sagen will, ist am besten durch ein Beispiel zu erläutern: A. kauft von B. ein Gespann Pferde; nachher stellt sich heraus, dass das eine Pferd an einer verborgenen Krankheit leidet, an der es zweifellos sehr bald eingehen muss. Die Pferde waren als zusammengehörend verkauft; A. könnte ausserdem nachweisen, dass auch das gesunde Pferd nunmehr für ihn kein Interesse mehr hat, da er nur ein für zwei Pferde eingerichtetes Fuhrwerk besitzt. Daher könnte A. Totalredhibition beanspruchen. Wie aber, wenn A. nur Wandelung hinsichtlich des kranken Pferdes verlangt? Kann nun B. Gesamtwandelung erzwingen? Keineswegs! Denn da das kranke Pferd an dem Fehler unzweifelhaft eingehen muss, B. also die beiden Pferde nicht mehr als Gespann verkaufen kann, hat er auch kein Interesse an dem Zusammenbleiben derselben.

Für unsere Abhandlung ist § 469 insofern von Bedeutung, als aus ihm erhellt, dass die Vereinbarung eines Gesamtpreises oder m. a. W. der Abschluss des Kaufes in Bausch und Bogen keinen Einfluss auf die Frage hat, ob Einzel- oder Gesamtwandelung stattzufinden habe.

Besondere Bestimmungen stellt § 471 auf für die Berechnung der zurückzuerstattenden Summe, falls mehrere Sachen für einen Gesamtpreis verkauft sind, und die Wandelung nur in Ansehung einzelner Sachen stattfindet. Es ist zunächst der Gesamtwert aller Sachen in mangelfreiem Zustande zu schätzen; dann der Wert der wirklich mangelfreien Sachen. Die Differenz zwischen diesen beiden Werten ist dem Käufer herauszuzahlen. Bei der Schätzung der Werte ist die Zeit des Kaufabschlusses zu grunde zu legen.

Der Verkäufer behält also von dem Gesamtpreis denjenigen Teil, welcher sich nach dem Verhältnisse bestimmt, das zwischen dem Wert der Sachen bei Mangelfreiheit derselben und dem Wert der wirklich mangelfreien (also nicht der Wandelung unterliegenden) Sachen zur Zeit des Kaufabschlusses bestand. — Nehmen wir an, der Gesamtwert aller Sachen in mangelfreiem Zustande sei nach richtiger Schätzung zur Zeit des Kaufabschlusses 75; die wirklich mangelfreien Sachen hätten zu derselben Zeit einen Wert von 60. Der vereinbarte Gesamtpreis betrug 100. Hier besteht die Gleichung $75 : 60 = 100 : x$. Also $x = 80$, d. h. der Verkäufer behält 80; er hat dem Käufer 20 zurückzugeben.

II. Minderung. Eine Besonderheit besteht für den Bauschkauf hinsichtlich der Berechnung bei der Minderungsklage.

Das B.G.B. hat sich für das sogen. relative Prinzip entschieden:[1]) Der Betrag, um den gemindert werden soll, ist zu berechnen aus dem Verhältnis des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Wert, d. h. dem Werte in mangelhaftem Zustand. Auch hier ist bei der Wertvergleichung die Zeit des Vertragsschlusses zu Grunde zu legen.

Hinsichtlich der Berechnung aber besteht nach § 472 ein Unterschied, ob für die mehreren Sachen Einzelpreise verabredet waren, oder ob der Kauf in Bausch und Bogen

[1]) Vgl. über die Streitfrage im gemeinen Recht, über absolutes und relatives Prinzip: Dernburg a. a. O. II S. 281.

geschlossen war.[1]) Im ersteren Falle nämlich bezieht sich die Preisminderung nur auf die mangelhaften Stücke; es wird nicht berücksichtigt, ob im konkreten Falle der Mangel eines Stückes auch den Wert der anderen — an sich mangelfreien — Sachen mindert. (§ 472 Abs. 1.) Ist jedoch ein Gesamtpreis festgesetzt, dann ist der Gesamtwert aller Sachen bei der Herabsetzung des Preises zu Grunde zu legen; beim Bauschkauf wird also berücksichtigt, ob nicht durch den Fehler des einen Stückes der Wert aller gemindert werde (§ 472 Abs. 2). Zur Erläuterung führt Cosack a. a. O. folgendes Beispiel an: „Zwei zusammengehörige Delfter Krüge sind für je 300 M. verkauft; der Preis würde bei tadelloser Beschaffenheit dem wahren Wert entsprechen. Indes ist ein Krug so beschädigt, dass er nur 50 M. wert ist; dadurch sinkt auch der Wert des zweiten Kruges auf 200 M. Dennoch kann der Käufer nur den Wert des schadhaften Kruges ermässigen, und zwar um 250 M. Wäre dagegen für beide Krüge ein Gesamtpreis von 600 M. vereinbart worden, so könnte der Käufer diesen Gesamtpreis herabsetzen, und zwar um 350 M.“ [2]) —

---

[1]) Vergl. Cosack a. a. O., S. 432.

[2]) De lege ferenda giebt die Bestimmung des § 472 Abs. 2 zu Bedenken Anlass. Das Kriterium des Gesamtpreises ist innerlich nicht gerechtfertigt. Mit Recht hat das B.G B. im § 469 die gemeinrechtliche Lehre, wonach bei einem Verkauf mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis stets Totalredhibition stattzufinden habe, verworfen und nicht auf die Festsetzung eines Gesamtpreises, sondern auf die Zusammengehörigkeit der verkauften Sachen Gewicht gelegt. Folgerecht hätte der Gesetzgeber auch im § 472 Abs. 2 die innere Zusammengehörigkeit für das wesentliche Kriterium erklären müssen und hätte sich nicht der äusserlichen Theorie, welche die Vereinbarung des Gesamtpreises für das entscheidende Moment erachtet, anschliessen dürfen. M. E. hätte § 472, Abs. 2, lauten müssen: „Sind mehrere Sachen als zusammengehörend verkauft, und findet in diesem Falle die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ....“. Der Einwurf, dass der Käufer gemäss § 469 Satz 2 bei innerer Zusammengehörigkeit statt der Minderung Wandelung in Bezug auf alle Sachen beantragen und dadurch einen etwaigen Schaden abwenden könne, vermag meine Bedenken gegen den Absatz 2 des § 472 nicht zu entkräften.

III. Abteilung.

§ 27. Bestehen nach dem B.G.B. noch andere Besonderheiten für den Kauf in Bausch und Bogen?

Noch eine Sonderbestimmung enthält § 508. Es handelt sich um den Fall, dass ein Gegenstand, auf den sich ein Vorkaufsrecht bezieht, mit anderen Gegenständen zusammen für einen Gesamtpreis an einen Dritten verkauft worden ist. Hier soll in der Regel der Vorkaufsberechtigte gegen Zahlung eines verhältnismässigen Teiles des Gesamtpreises in den Kauf eintreten können. Beweist jedoch der Verkäufer, dass er durch die Trennung einen Nachteil erleiden würde, so kann er verlangen, „dass der Vorkauf auf alle Sachen erstreckt werde, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können."

Nachwort.

Wir haben gesehen, dass der Kauf in Bausch und Bogen zwar nicht „durchweg", wohl aber in den wesentlichsten Punkten unter den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen steht. Die Abweichungen im gemeinen Recht betreffen vor allem die Berechnung des dem Käufer zu gewährenden Ersatzes für den Fall, dass von mehreren für einen Gesamtpreis gekauften Sachen einzelne entwährt werden oder mangelhaft sind, oder dass die vom Verkäufer angegebene Quantität der wirklich vorhandenen nicht entspricht. — Was das B G.B betrifft, so enthalten nur §§ 472 und 508 Bestimmungen für den Kauf in Bausch und Bogen, die von den allgemeinen für den Kauf geltenden Sätzen abweichen.[1])

[1]) Die Bestimmung des § 471 ist zwar als eine „besondere" für den Bauschkauf, nicht aber als eine von den allgemeinen Sätzen „abweichende" zu bezeichnen.

Lebenslauf.

Am 8. März 1878 wurde ich, Ernst Tauber, zu Berlin geboren als Sohn des Kaufmanns Moritz Tauber aus Neisse und seiner Ehefrau Ida geb. Sieburg.

Ich besuchte das Luisenstädtische Gymnasium zu Berlin und verliess dasselbe Ostern 1896 mit dem Zeugnisse der Reife, um mich dem Studium der Rechtswissenschaft an der Berliner Universität zu widmen.

Während meiner Studienzeit hörte ich die Vorlesungen der Herren Professoren DDr. Aegidi, Berner, Bornhak, Brunner, Burchard, Crome, v. Cuny †, Dambach †, Dernburg, Eck †, Gierke, Heilborn, Hinschius †, Hübler, Jacobi †, Kahl, v. Kaufmann, Kohler, Mendel, Oertmann, Paulsen, Pernice, Preuss, Rehme, Schwartz, Seckel, Ad. Wagner.

Am 26. Januar 1900 bestand ich am Kgl. Kammergericht zu Berlin das Referendarexamen mit dem Prädikat „gut".

Auf Grund vorstehender, im Oktober 1900 approbierter Inauguraldissertation und der am 17. Dezember desselben Jahres bestandenen mündlichen Prüfung wurde ich von der hohen juristischen Fakultät der Mecklenburg-Schweriner Landesuniversität zu Rostock „cum laude" zum Doctor iuris promoviert.

Seit dem 8. Februar 1900 wurde ich im Bezirk des Kgl. Kammergerichts, zunächst bei dem Kgl. Amtsgericht zu Rixdorf, seit dem 9. November 1900 bei dem Kgl. Landgericht II zu Berlin als Referendar beschäftigt.